

1.5. Obligaciones y contratos

El control de la comisión de apertura conforme a la doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo

The control of the arrangement fee according to the doctrine of the TJUE and the Supreme Court

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
(acreditada a Profesora Titular de Universidad)*

Universidad de La Rioja

RESUMEN: El control de la comisión de apertura ha contado con varios capítulos dentro de la doctrina del Tribunal Supremo y del TJUE: la STS de 23 de enero de 2019, la STJUE de 16 de julio de 2020, la posterior STJUE de 16 de marzo de 2023 y la reciente STS de 29 de mayo de 2023, que ya ha tenido reflejo y contraposición en diversas resoluciones de Audiencias Provinciales. En este trabajo se analizan y comentan todas estas sentencias, examinando los controles que el juez debe aplicar respecto de esta comisión, los criterios y aspectos a tener en cuenta para ese control y concluyendo que pese a todo la controversia aún no está totalmente zanjada. De hecho, se mantiene especialmente en el aspecto que fundamentalmente fue el más controvertido entre nuestros tribunales, esto es, la prueba efectiva de los servicios prestados y que se pretenden remunerar con la comisión de apertura; aparte del efectivo desarrollo por el juez del llamado «juicio de razonabilidad».

ABSTRACT: *The control of the arrangement fee has had several chapters within the doctrine of the Supreme Court and the CJUE: the STS of January 23, 2019, the SCJUE of July 16, 2020, the subsequent SCJUE of March 16, 2023 and the recent STS of May 29, 2023, which has already been reflected and opposed in various resolutions of Provincial Courts. In this paper, all these sentences are analyzed and commented, examining the controls that the judge must apply with respect to this commission, the criteria and aspects to be taken into account for that control and concluding that despite everything the controversy is still not completely settled. In fact, it is maintained especially in the aspect that was fundamentally the most controversial among our courts, that is, the effective proof of the services provided and that are intended to be*

remunerated with the arrangement fee; apart from the effective development by the judge of the so-called „trial of reasonableness“.

PALABRAS CLAVE: comisión de apertura, consumidor, control, nulidad, préstamo, transparencia

KEY WORDS: arrangement fee, consumer, control, nullity, loan, transparency

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. NORMATIVA ESPECÍFICA APLICABLE A LA COMISIÓN DE APERTURA.—III. LA STS NÚM. 44/2019, DE 23 DE ENERO.—IV. LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020.—V. LA STJUE DE 16 DE MARZO DE 2023.—VI. LA STS NÚM. 816/2023, DE 29 DE MAYO Y LA POSTERIOR APLICACIÓN DE SU DOCTRINA: 1. LA STS NÚM. 816/2023, DE 29 DE MAYO. 2. ALGUNAS RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES POSTERIORES A LA STS DE 29 DE MAYO DE 2023: ESPECIAL REFERENCIA A LA SAP LAS PALMAS DE 19 DE JUNIO DE 2023.—VII. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES

I. PLANTEAMIENTO

En los últimos años han sido muchas las cuestiones que han sido objeto de litigación en masa relacionadas con los créditos hipotecarios o inmobiliarios, modalidades, contratación y cláusulas.

Entre otras cuestiones, durante años se han sucedido protestas y litigios sobre las comisiones cobradas por las entidades bancarias o por repercutir éstas determinados gastos ocasionados por distintos servicios, quejándose al respecto muchos clientes porque esos servicios realmente no los habían pedido, o no eran necesarios o incluso se imponían sin más y no tenían ningún efecto real sobre el préstamo o contrato y ese cliente.

A este respecto, ya la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en su art. 3 señala que las comisiones son objeto de libre fijación entre las partes. Pero también esta norma advierte de que sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios relacionados con ese contrato bancario y solicitados en firme o aceptados expresamente por el cliente o potencial prestatario y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos, y que puedan acreditarse así¹.

Entre las comisiones más discutidas últimamente cabe destacar la comisión de apertura. Esta comisión desde luego no es desconocida en la práctica bancaria, sino que, por el contrario, es muy habitual en los préstamos, especialmente hipotecarios, y ha estado prevista en nuestra normativa desde hace años.

Inicialmente nuestro Alto Tribunal resolvió sobre la comisión de apertura y su control judicial ya en la STS núm. 44/2019, de 23 de enero, tratando así de fijar doctrina ante los distintos pronunciamientos que sobre ello habían recaído anteriormente en diversas Audiencias Provinciales. Sin embargo, posteriormente el TJUE reabrió el debate con su sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados *Caixabank y BBVA*, C224/19 y C259/19).

Y recientemente ha vuelto a saltar a la actualidad la controversia sobre la comisión de apertura y su posible nulidad a raíz de la STS núm. 816/2023, de 29

de mayo, dictada como respuesta a la STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto *Caixabank*, C-565/21) emitida a partir de tres cuestiones prejudiciales planteadas por el propio Tribunal Supremo.

En este trabajo se analizarán todas estas resoluciones concretando la evolución de la doctrina jurisprudencial en este ámbito en sus aspectos y argumentos principales, hasta la más reciente STS núm. 816/2023, de 29 de mayo. Antes, sin embargo, procederé a relacionar brevemente las previsiones normativas de la comisión de apertura en España.

II. NORMATIVA ESPECÍFICA APLICABLE A LA COMISIÓN DE APERTURA

Como ya indiqué anteriormente, la comisión de apertura se ha previsto en la normativa española desde hace años, aunque en algunos casos la regulación se preveía inicialmente respecto a las comisiones en general:

A) En la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito (derogada posteriormente por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre) en su artículo quinto aludía en general a las comisiones bancarias señalando que «las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente. No obstante, las Entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos».

Y en sus artículos séptimo y octavo se regulaba la entrega de un ejemplar de las tarifas de comisiones y gastos repercutibles e información clara y explícita al respecto en el documento contractual, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de tales conceptos, sin que fuera admisible la remisión genérica a las tarifas hechas públicas por la entidad conforme a ese artículo quinto antes indicado.

B) La Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (derogada posteriormente por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre) se refería a la comisión de apertura en su anexo I (como elemento mínimo que debía contener el folleto informativo sobre préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden) y en su anexo II (sobre cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a esta Orden).

En el anexo II, en su apartado 4.1, aludía expresamente a la comisión de apertura, diferenciándola de otras comisiones y gastos «posteriores» y señalaba que «cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del

préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará “comisión de apertura” y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo».

C) La Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (derogada posteriormente por la Circular 5/2012), en su norma tercera, apartado 3, con respecto a las tarifas de comisiones, advertía de la libertad de las entidades para establecer sus tarifas de comisiones y gastos repercutibles, con las limitaciones previstas en esta Circular y en la Orden de 12 de diciembre de 1989, pero también reiteraba lo indicado en esta última norma en cuanto a que «las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente».

D) Relevante es tener en cuenta las vigentes Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que inciden muy especialmente en la información precontractual y contractual a proporcionar al cliente.

Mantienen la libertad de fijación de las comisiones y la advertencia de que «sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos» (artículo 3.1 de la Orden). Pero además prevén la obligación de que las entidades pongan a disposición del público los tipos de interés y las comisiones que esa entidad aplica en sus operaciones o servicios más frecuentes (incluida la comisión de apertura), de forma actualizada, y remitir esa información trimestralmente al Banco de España para su publicación en su página web², así como lógicamente informar oportuna y claramente al cliente que contrata un determinado servicio o producto acerca de las concretas comisiones (incluida la comisión de apertura) que se le aplicarían especificando concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe de tales conceptos (*vid.* artículos 3, 7 y 8 de la citada Orden EHA/2899/2011 y normas 3.^a, 6.^a, 10.^a, 11.^a y 16.^a y anexos 1-5 de la Circular 5/2012).

Además, concretamente respecto de la comisión de apertura, la norma 6.^a de la Circular 5/2012, tras advertir que antes de prestar un servicio bancario, cualquiera que sea su naturaleza, las entidades deberán indicar al cliente, de forma clara y gratuita, el importe de las comisiones que se le adeudarán por cualquier concepto y de todos los gastos que se le repercutirán, ofreciendo tras ello, también gratuitamente, la posibilidad de desistir de la operación, señala que «en el caso particular de los préstamos, cuando las comisiones o los gastos de estudio, tramitación u otros similares, ocasionados por la concesión de los mismos, no se

integren en una única comisión de apertura, deberán detallarse con precisión los diferentes servicios a los que respondan y sus importes».

E) Ya en un rango normativo superior cabe citar las previsiones de la 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, y de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI).

La Ley 2/2009 en el primer apartado de su artículo 5 continúa reconociendo la libertad de las entidades a la hora de fijar las comisiones, con las limitaciones previstas en esta Ley, la Ley de 1908 de represión de la usura y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas. Y añade asimismo que «en las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor». Ya después en los apartados 4 y 5 de ese artículo 5 y en los artículos 6, 13 y 14 de esta Ley 2/2009 se regula la información y publicidad de las tarifas de esas comisiones.

Pero cabe destacar que en el apartado segundo de este artículo 5 de la Ley 2/2009, en contraposición con lo indicado en su primer apartado, se acogía en su versión inicial un apartado b) con referencia expresa a la comisión de apertura del siguiente tenor: «b) En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. En el caso de préstamos o créditos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito». Se aludía también a la comisión por amortización anticipada en los préstamos o créditos hipotecarios en un apartado a) y se concluía señalando que: «Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito».

Ese subapartado b) fue eliminado posteriormente al modificarse el apartado 2 del artículo 5 de esa Ley 2/2009 por la disposición final 9.^a, apartado 2, de la Ley 5/2019 (LCCI), manteniéndose el resto del apartado (alusión a la comisión por amortización anticipada y el último inciso o párrafo apuntado). Y es que el contenido de ese antiguo apartado b) del artículo 5.2 de la Ley 2/2009, casi con total idéntica literalidad fue acogido por el apartado 4 del artículo 14 LCCI, que en relación con la comisión de apertura señala: «Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo,

cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo».

Pero, además, en el apartado 3 de ese artículo 14 LCCI se reitera una cuestión que se viene reproduciendo en prácticamente todas las normas a las que se ha aludido en este apartado, en relación con todas las comisiones, y por tanto afectando también a la comisión de apertura: «Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse».

Por otro lado, tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo. Respecto de la TAE, precisamente la LCCI viene a considerar los gastos y comisiones (entre ellas la de apertura) como costes y gastos a incluir y a tener en cuenta dentro del coste total del préstamo y en el cálculo de la TAE (*vid.* al respecto los artículos 6.1, 6.3, 8.2, 8.4 y 9 y los anexos I y II de la LCCI). Asimismo, en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) introducida por la LCCI, se alude expresamente a los gastos y comisiones, considerándose la comisión de apertura como comisión de administración³.

III. LA STS NÚM. 44/2019, DE 23 DE ENERO

Respecto a la comisión de apertura, inicialmente, antes de 2019, se fueron sucediendo resoluciones de distintas Audiencias Provinciales que la declaraban nula por abusiva contraria a las previsiones del TRLCU fundamentalmente por no acreditarse los concretos servicios prestados o que correspondiera el importe cobrado con servicios realmente prestados o entender que se desarrollaban trámites que se correspondían con actividades propias internas inherentes a la actividad ordinaria de la entidad que no son servicios efectivos reales susceptibles de remuneración mediante la comisión de apertura (así, entre otras, SAP Madrid, sección 14.^a, núm. 391/2017, de 28 diciembre, SAP Soria, sección 1.^a, núm. 5/2018, de 15 enero, SAP Asturias, sección 6.^a, núm. 24/2018, de 19 de enero o SAP Pontevedra, sección 1.^a, núm. 313/2018, de 21 de septiembre y otras resoluciones en ella citadas), aunque otras resoluciones también la consideraban válida (entre otras, ilustrativa es la SAP León, sección 1.^a, núm. 250/2018, de 15 junio, que se basa en la naturaleza y objeto de la comisión y en su regulación en la normativa sectorial).

Ante estos pronunciamientos contradictorios, finalmente la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno núm. 44/2019, de 23 de enero, sentó doctrina tratando de zanjar la controversia. Esta resolución se dictó en el marco de la polémica en torno a los gastos hipotecarios, el mismo día que otras cuatro resoluciones del Pleno de la Sala de lo Civil de nuestro Alto Tribunal: las SSTS núm. 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero. Pero sólo la primera, la núm. 44/2019, se pronunció, además de sobre los gastos, también sobre la comisión de apertura de forma extensa, de ahí que sea a ella a la que prestaré atención en este trabajo.

El Tribunal Supremo en esta sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero, advierte que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo y que, junto con el interés remuneratorio, constituyen sendas partidas del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales; advierte que no se está propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una parte del precio.

Afirmó nuestro Alto Tribunal que «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, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, 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 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».

Ahora bien, lógicamente por su trascendencia en la carga económica que supone el contrato de préstamo para el prestatario, la comisión de apertura, al igual que el resto de comisiones y gastos repercutibles que pudieran ser cargados al prestatario, son aspectos sobre los que debe informarse oportunamente y con la debida antelación en aras a una toma consciente y razonada de la decisión de contratar o no ese producto crediticio por el potencial prestatario. En consecuencia, tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo⁴.

Señala además que, atendiendo a la normativa reguladora bancaria en relación con esta comisión de apertura, los servicios remunerados son las actividades propias e inherentes a la actividad de estudio y concesión del préstamo solicitado y no puede exigirse a la entidad bancaria probar en cada préstamo la existencia de esas actuaciones en cuanto que se trata de actuaciones exigidas legalmente e imprescindibles para la concesión del préstamo.

Asimismo, advierte que tampoco puede exigirse a la entidad bancaria la prueba de la proporcionalidad entre el importe cobrado con la comisión de apertura y el coste efectivo de los servicios prestados en ese caso concreto, pues ello implicaría un control de precios que viene prohibido por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, además de distintas dificultades prácticas y la imposibilidad de que se concretara el importe de la comisión de forma anticipada, requisito relevante en el marco de la transparencia como elemento de protección del consumidor.

Como consecuencia de la consideración de la comisión de apertura como «parte integrante del precio» el Tribunal Supremo concluye que la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido. Sí que entiende que debe someterse a un control de transparencia. Y, si bien advierte que en este concreto caso el prestatario demandante nunca alegó la falta de transparencia y tampoco

se cuestionó en recursos posteriores la apreciación que el juzgado de primera instancia hizo declarando que la cláusula de comisión de apertura superaba, no sólo el control de incorporación, sino también el control de transparencia, al realizar este último control el Tribunal Supremo advierte que en el caso no se suscitaban dudas razonables sobre el carácter transparente de la cláusula y expresamente considera superado dicho control con base en los siguientes argumentos, centrados fundamentalmente en la información al consumidor y el conocimiento de éste de la existencia de tal comisión y sus efectos:

- Por ser de general conocimiento entre los consumidores interesados en la contratación de un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio.
- Porque conforme a la normativa aplicable y a las fichas de información normalizada legalmente previstas, la comisión de apertura es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario.
- Asimismo, junto con lo anterior, se advierte que, de hecho, la comisión de apertura suele ser uno de los extremos que se recogen en la publicidad de las entidades bancarias sobre ese préstamo y, además, se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo.
- Y, por último, advierte nuestro Alto Tribunal que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.

Como puede observarse, se trata de unas razones y argumentos de superación del control de transparencia que no aluden al caso concreto y a la específica cláusula y contrato objeto de litigio, sino a un conocimiento general de esta comisión de apertura y a prácticas bancarias y circunstancias habituales y propias del funcionamiento e información sobre esta comisión, conocidas por el consumidor medio y siendo este consciente de en qué consiste dicha comisión prestándole especial atención por ser parte importante del pago a realizar a cambio de recibir ese préstamo solicitado.

IV. LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020

Ante las cinco sentencias dictadas por el Tribunal Supremo ese 23 de enero de 2019 sobre los gastos hipotecarios, incluida la STS núm. 44/2019 que aquí se comenta sobre la comisión de apertura, se plantearon en marzo de 2019 por dos Juzgados españoles dos peticiones de decisión prejudicial conteniendo un total de quince cuestiones prejudiciales (concretamente trece cuestiones por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca y dos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta) en el marco de dos litigios relativos a ciertas cláusulas abusivas incluidas en contratos de préstamos hipotecarios en referencia a diversos gastos vinculados a esos contratos y su imposición contractual

al prestatario consumidor, planteando la posible contradicción con el Derecho comunitario (atendiendo a lo previsto en los arts. 3 a 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores) de una jurisprudencia como la que se estaba aplicando a raíz de la STS núm. 705/2015, de 23 de diciembre, las SSTS núm. 147 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, y, especialmente, las referidas cinco SSTS de 23 de enero de 2019 (núms. 44, 46, 47, 48 y 49/2019).

Y concretamente entre las distintas cuestiones prejudiciales planteadas, el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca se refirió también en sus cuestiones séptima a undécima a esta doctrina del Tribunal Supremo que se acaba de indicar acerca de la comisión de apertura, planteando su contradicción con el Derecho comunitario y la posible abusividad de la cláusula de imposición al consumidor del pago de una comisión de apertura; particularmente según se reseña en la propia STJUE de 16 de julio de 2020, el juzgado se cuestionaba si, atendiendo a los arts. 3, 4, 5 y 8 de la Directiva 93/13/CEE y a la jurisprudencia del TJUE, resulta contrario a los mismos:

- Una jurisprudencia nacional que establece que la cláusula denominada comisión de apertura supera automáticamente el control de transparencia, al suponer una quiebra del principio de inversión de la carga de la prueba establecido en el artículo 3.2 de la Directiva, no teniendo que probar el profesional que ha proporcionado información previa y negociación individual de la misma.
- Una jurisprudencia nacional que considera que un consumidor debe conocer *per se* que es una práctica habitual de las entidades financieras la de cobrar una comisión de apertura; y por lo tanto, ello implique que no sea necesario que el prestamista deba realizar prueba alguna para acreditar que la cláusula fue negociada individualmente; o si por el contrario, en cualquier caso, debe el prestamista acreditar que la misma fue negociada individualmente.
- Una jurisprudencia nacional que establece que la cláusula denominada comisión de apertura no puede ser analizada en cuanto a su carácter abusivo por aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE por referirse a la definición del objeto principal del contrato; o por el contrario debe entenderse que tal comisión de apertura no supone parte del precio del contrato sino una retribución accesoria, y por lo tanto debe permitir al juez nacional el control de transparencia y/o de contenido para determinar así su abusividad con arreglo al Derecho nacional.
- Que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE cuando tal disposición no ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, aun si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible, si se considerara que una cláusula denominada comisión de apertura constituyera el objeto principal del contrato de préstamo.

Y concluye el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca su planteamiento de la petición de decisión prejudicial en relación con esta cuestión, preguntando si, a la vista del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, la cláusula denominada comisión de apertura, cuando esta no haya sido negociada individualmente y no se acredeite por la entidad financiera que responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, debiendo ser declarada nula por el juez nacional.

Las quince cuestiones prejudiciales planteadas las resolvió el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados *Caixabank y BBVA*, C-224/19 y C-259/19) agrupándolas en cinco partes: la primera, relativa a la cláusula correspondiente a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca; la segunda, relativa a la cláusula que impone una comisión de apertura; la tercera, relativa al eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de tal cláusula de comisión de apertura; la cuarta, relativa a la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva; y la quinta, relativa al régimen nacional de distribución de las costas en el marco de las acciones de nulidad de las cláusulas abusivas. Lógicamente por el tema de este trabajo me detendré únicamente en los concretos argumentos y doctrina del TJUE relativos a la comisión de apertura (partes segunda y tercera)⁵.

Al respecto de la comisión de apertura el TJUE en esta sentencia de 16 de julio de 2020 (casos acumulados *Caixabank y BBVA*, C-224/19 y C-259/19) indica lo siguiente:

a) Con respecto al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, señala el TJUE que «no es necesario pronunciarse sobre la transposición efectiva de tal precepto al ordenamiento jurídico español (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18)». Añadiendo que «por una parte, debe recordarse que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, permite, no obstante, a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerne Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 45)».

Concluyendo el TJUE que, en cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el referido artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

b) Centrándose en la comisión de apertura, advierte el TJUE que es al juez nacional a quien incumbe concretar si la cláusula litigiosa es un elemento esencial del contrato o es accesorio. A este respecto, el TJUE ya ha declarado que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter acceso-

rio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto (SSTJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto *Andriciuc y otros*, C-186/16, y de 3 de octubre de 2019, asunto *Kiss y CIB Bank*, C-621/17).

Pero también considera el TJUE oportuno señalar que el hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de éste.

Atendiendo al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE⁶, advierte el TJUE que la exclusión del control del carácter abusivo lo es de las cláusulas referidas al objeto principal del contrato, pero también, en un segundo supuesto de aplicación más reducida, de la adecuación entre el precio o la retribución previstos y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida; es decir, que «las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagar a este último el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista (sentencia de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, EU:C:2019:820, apartados 34 y 35, y jurisprudencia citada)».

c) En todo caso, se indica que los juzgados y tribunales nacionales deben controlar el carácter claro y comprensible de la cláusula y comprobar que la entidad financiera haya informado y comunicado al consumidor oportunamente de todos los elementos suficientes que permitan al consumidor conocer el contenido, funcionamiento, motivos y función de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura.

Se advierte de que no es posible considerar que una cláusula contractual es en sí misma transparente, sin que sea necesario llevar a cabo un examen o control de transparencia, no sólo de la claridad y comprensibilidad de la cláusula desde el punto de vista formal y gramatical (artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE y STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18), sino también de que «el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerne Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 70 a 73; de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 37, y de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 43)».

De modo que ese control de transparencia de la cláusula contractual controvertida (de su carácter claro y comprensible) debe llevarse a cabo por el juez nacional en todo caso; y según el TJUE deberá hacerlo teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes concurrentes en la celebración del contrato y, particularmente, la publicidad emitida sobre el producto y la referencia a la cláusula (en este caso la comisión de apertura), la información proporcionada por la entidad al consumidor (con el fin de que éste adquiera el conocimiento oportuno sobre el contenido, funcionamiento, función y motivos de la existencia de esa co-

misión de apertura en ese contrato de préstamo, y así pueda valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato) y también teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (*vid. SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto Kásler y Káslerne Rábai, C-26/13; de 26 de febrero de 2015, asunto Matei, C-143/13; de 20 de septiembre de 2017, asunto Andriciuc y otros, C-186/16; y de 3 de marzo de 2020, asunto Gómez del Moral Guasch, C-125/18.*)

A este respecto cabe poner de manifiesto que el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero, realmente no excluyó del control de transparencia la cláusula de imposición al consumidor del pago de una comisión de apertura ni expresó la automaticidad de la transparencia como parece indicar el juzgado remitente de esta cuestión prejudicial; el Tribunal Supremo como tal hizo ese control, pero advirtió que no se suscitaban dudas razonables sobre la transparencia de la cláusula y entendió dicho control superado por las razones y argumentos antes indicados centrados fundamentalmente en la información al consumidor y el conocimiento de éste de la existencia de tal comisión y sus efectos; si bien, cierto es, acogiendo unos argumentos genéricos sobre esta comisión aplicables a cualquier contrato en el que ésta se incluya. Lo que se cuestionó por el juzgado remitente de la cuestión prejudicial al TJUE es la automaticidad que pudiera derivarse de esa apreciación y llevar a una jurisprudencia posterior que no examine el caso concreto y la información específica aportada a ese consumidor, sino partir de esas circunstancias generales de conocimiento del consumidor medio y prácticas bancarias habituales en publicidad e información, eximiendo *de facto* de prueba de haberse proporcionado esa información y/o de la negociación individual de la cláusula. Y el TJUE advierte que no cabe esa automaticidad: debe existir un control específico al caso.

d) Por último, en relación con un posible desequilibrio causado en detrimento del consumidor por la imposición del pago de esa comisión de apertura, y por lo tanto, la posible abusividad de dicha cláusula, a la vista de las previsiones del artículo 5 de la Ley 2/2009 invocada por el juzgado remitente de la cuestión prejudicial que prevé que las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos⁷, el TJUE advierte que es la entidad prestamista quien debe probar que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido y que el juez nacional debe comprobar tales extremos, pues, de lo contrario, si no se demuestran los servicios prestados y gastos habidos de los que responde la comisión y se exime a la entidad de tal prueba; entiende el TJUE que esa cláusula que impone el pago de la comisión de apertura incidiría negativamente en la posición del consumidor y, en consecuencia, causa en detrimento de éste un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, contrario a las exigencias de la buena fe, y por ello sí sería considerada abusiva.

A este respecto el problema viene relacionado con esa prueba y el alcance y contenido de la misma: es decir, acreditar qué concretos servicios exactamente pueden o deben venir vinculados y por los que puede responder efectivamente el cobro de esa comisión de apertura y ser proporcionales a ese importe económico. Su comprobación y control en cada caso determinará la decisión del concreto órgano judicial acordando la nulidad o no de dicha cláusula y comisión de apertura.

V. LA STJUE DE 16 DE MARZO DE 2023

Tras la STJUE de 16 de julio de 2020 anteriormente comentada se reabrió la litigiosidad sobre la cláusula de comisión de apertura ya que muchos juzgados y audiencias provinciales consideraron que la doctrina del Tribunal Supremo recogida en su sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero, sobre la comisión de apertura vino contradicha por esta resolución del TJUE. Y a partir de ahí se sucedieron muchas resoluciones que calificaban la cláusula de imposición del pago de la comisión de apertura como una cláusula accesoria, no integrante del precio del préstamo, y que, en cuanto que la entidad bancaria prestamista no acreditase la realidad de los servicios y actuaciones realizadas con carácter previo a la concesión del préstamo como objeto de la remuneración obtenida a través de esa comisión de apertura, debía calificarse en tal caso la cláusula como abusiva: entre otras, SAP Islas Baleares núm. 597/2020, de 21 de septiembre, SAP Castellón núm. 767/2020, de 16 de diciembre, SAP Murcia núm. 673/2021, de 10 de junio; y SAP Las Palmas núm. 449/2022, de 13 de abril. En algunos casos, también se aludía a la falta de transparencia por no especificarse la naturaleza de los servicios remunerados o por falta de información específica al consumidor sobre la comisión de apertura en los documentos informativos precontractuales (entre otras, SAP Islas Baleares núm. 597/2020, de 21 de septiembre, y SAP Murcia núm. 1139/2022, de 24 de noviembre).

Ante esas dudas generadas sobre la contradicción de su doctrina con dicha resolución del TJUE, el propio Tribunal Supremo por auto de 10 de septiembre de 2021, en el marco de un recurso de casación planteado en un proceso en el que se solicitaba la declaración de nulidad de una cláusula de comisión de apertura y la restitución del importe abonado por su aplicación, decidió elevar una petición de decisión prejudicial al TJUE planteando tres cuestiones, pretendiendo de alguna forma confirmar con la respuesta del TJUE su propia doctrina jurisprudencial; y es que nuestro Alto Tribunal consideraba que la respuesta del TJUE en la sentencia de 16 de julio de 2020 vino propiciada por haber expuesto el juzgado remitente de la cuestión prejudicial (el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca) la normativa interna y la jurisprudencia nacional de una manera distorsionada, lo que propició, a juicio del Tribunal Supremo, que tras dicha resolución del TJUE se entendiera que la doctrina de nuestro Alto Tribunal sobre la comisión de apertura era contraria al Derecho de la Unión.

Las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo se referían a lo siguiente:

- 1) Si se opone al Derecho de la Unión (concretamente a la Directiva 93/13/CEE) una jurisprudencia nacional que considera que la cláusula contractual que contiene la comisión de apertura regula un elemento esencial del contrato, pues constituye una partida principal del precio, y no puede apreciarse su carácter abusivo si está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido extensivo que ha establecido la jurisprudencia del TJUE; y ello partiendo de que dicha jurisprudencia nacional parte de lo previsto en el Derecho nacional de considerar la comisión de apertura como retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares

inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito, que se paga de una sola vez y, con carácter general, cuando se celebra el contrato.

- 2) En la segunda cuestión prejudicial se centra el Tribunal Supremo en la pertinencia de los aspectos valorados en la STS núm. 44/2019, de 23 de enero, para considerar superado el control de transparencia (el carácter claro y comprensible) por la cláusula de imposición del pago de la comisión de apertura; y por ello plantea si resulta o no contraria a la Directiva 93/13/CEE su doctrina acerca de valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula que regula un elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario tomando en consideración elementos tales como el conocimiento generalizado de tal cláusula entre los consumidores, la información obligatoria que la entidad financiera debe dar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información, la publicidad de las entidades bancarias, la especial atención que le presta el consumidor medio por ser una partida del precio que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo y constituir una parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo, y que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permitan apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.
- 3) Y en tercer lugar, atendiendo a la consideración y previsión ya indicada de la normativa nacional sobre en qué consiste y el objeto de la comisión de apertura⁸, se plantea si resulta contrario a la Directiva 93/13/CEE la jurisprudencia nacional que considera que la cláusula que prevé dicha comisión no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato.

Ante estas cuestiones el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023 (asunto *Caixabank*, C-565/21) señala lo siguiente:

A) En primer lugar advierte de la obligación de interpretación estricta del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y, como consecuencia de ello, concluye que no puede considerarse que constituya un compromiso principal derivado del contrato de crédito la obligación de retribuir los servicios a los que se dice responde la comisión de apertura (en virtud de la normativa nacional). Y ello en cuanto que, según recuerda el TJUE, sólo se consideran compromisos y obligaciones principales o esenciales en un contrato de crédito: por parte del prestamista la puesta a disposición de una cantidad de dinero y, por parte del prestatario, el reembolso de esa cantidad, por regla general con intereses, en los plazos previstos (STJUE de 10 de junio de 2021, asunto *BNP Paribas Personal Finance*, C776/19 a C782/19).

Entiende el TJUE que no puede considerarse como «objeto principal del contrato», en el sentido acogido por el referido artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, todas las prestaciones que estén relacionadas con el propio objeto principal del contrato (que serían sólo aquellas prestaciones esenciales antes indicadas y que, por ello, caracterizan al contrato) y que como tal tendrían mero carácter accesorio, conforme ya se ha indicado por el TJUE en sus sentencias de 20 de septiembre de 2017, asunto *Andriciuc y otros*, C186/16, y de 3 de octubre de 2019, asunto *Kiss y CIB Bank*, C621/17. Y entre esas prestaciones accesoriales no esenciales ni

integrables dentro del concepto de «objeto principal del contrato» en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, el TJUE incluye el pago de la comisión de apertura.

Como consecuencia de no considerar la comisión de apertura como elemento principal del contrato, cabe concluir que la cláusula en la que se incluya sí debe ser objeto del control de contenido o de abusividad, y ello aun cuando la cláusula fuera transparente.

B) Por lo que se refiere a la valoración del carácter claro y comprensible de la cláusula de imposición del pago de la comisión de apertura partiendo ya de la premisa de que no puede considerarse como elemento «principal» del contrato sino, a lo sumo, como elemento «importante» del mismo, el TJUE se remite en muchos aspectos a lo que ya indicó en la STJUE de 16 de julio de 2020.

En este sentido reitera la advertencia de que el juez nacional debe realizar ese control de transparencia de la cláusula de comisión de apertura, sin que se pueda considerar que tal cláusula cumpla automáticamente la exigencia de transparencia.

Por otro lado, recuerda que la exigencia de transparencia no puede quedar simplemente en la comprensibilidad del consumidor en el plano gramatical y formal sino que debe extenderse a una transparencia y comprensibilidad sobre el funcionamiento de aplicación de la cláusula y la relación entre ese funcionamiento y otras cláusulas, de modo que el consumidor sea capaz de evaluar las consecuencias económicas que se derivarían de esa cláusula y contrato.

Y en relación con los aspectos a tener en cuenta en esa valoración o control de transparencia el TJUE señala que ese carácter claro y comprensible de la cláusula debe ser comprobado por el juez nacional a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes concurrentes en el caso.

Descarta, eso sí, que la notoriedad o conocimiento generalizado de la cláusula por los consumidores sea un elemento a tener en cuenta para valorar su carácter claro y comprensible; por lo que rechaza uno de los aspectos que el Tribunal Supremo acogía para atender a ese control de transparencia en su sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero, y a los que expresamente aludía en su cuestión prejudicial al TJUE.

Por el contrario, sí que el TJUE viene a respaldar que en esa valoración y control de transparencia se tengan en cuenta el resto de los elementos indicados por la STS núm. 44/2019, de 23 de enero. Concretamente, entiende el TJUE que en ese control de transparencia de la cláusula de comisión de apertura debe tomarse en consideración:

- El tenor de la cláusula examinada.
- Como aspecto esencial a valorar, la información ofrecida por la entidad financiera al prestatario: tanto la información que debe prestarse por obligación legal como otra proporcionada sin ser obligatoria (incluso mediante la publicidad).
- La publicidad emitida en relación con ese contrato, como contenido informativo que, además, tiene.
- El nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, teniendo en

cuenta que este tipo de cláusula prevé el pago íntegro de una cantidad económica relevante en el mismo momento de la concesión del préstamo.

- En cierta medida, la ubicación y estructura de la cláusula en cuanto que se evidencie que la cláusula es un elemento importante (que no principal) del contrato y permita en tal sentido al consumidor evaluar las consecuencias económicas que para él se deriven de esa cláusula.

Y, atendiendo a todos esos elementos, debe comprobarse, según el TJUE, que el prestatario está en condiciones de:

- i) Evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula.
- ii) Entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella.

A este respecto, con base en su anterior sentencia de 3 de octubre de 2019, asunto *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, cabe destacar que el TJUE advierte que realmente el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales (en este caso, los servicios prestados vinculados a la comisión de apertura cobrada), aunque, no obstante, señala que sí es necesario que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto.

La cuestión es si de esta afirmación cabría en cierta medida deducir que con ello el TJUE quiere señalar que tampoco es preciso que exista en el proceso una prueba concreta de los servicios prestados individualmente y remunerados con esa comisión de apertura; en la medida que el TJUE ha asumido el concepto y objeto de la comisión de apertura previsto en la normativa nacional específica que recoge expresamente a qué se corresponde la comisión de apertura, tratándose de servicios «necesarios» para la concesión del préstamo, y con una redacción oportuna de la cláusula o del contrato en su conjunto que haga referencia a esa regulación, o a los servicios «relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario», cabría deducir por un consumidor medio la naturaleza de los servicios prestados. Pero que se pueda deducir la naturaleza de los servicios va vinculado a la comprensibilidad de en qué consiste la comisión de apertura; no es lo mismo que considerar acreditado que la entidad proporcionó esos servicios y realizó esas actuaciones previas de cara a la concesión del préstamo.

Lo cierto es que el TJUE no ha sido claro al respecto; el TJUE no descarta claramente su propia doctrina señalada en la STJUE de 16 de julio de 2020 acerca de la necesidad de prueba de los servicios efectivamente prestados y gastos habidos; cuestión que era (y es) especialmente controvertida entre nuestros tribunales pues fueron varios los que declararon nula la cláusula de comisión de apertura precisamente por no haberse acreditado los servicios prestados en ese caso (entre otras, SAP Asturias, sección 6.^a, núm. 24/2018, de 19 de enero o SAP Pontevedra, sección 1.^a, núm. 313/2018, de 21 de septiembre y otras resoluciones en ella citadas); y como se señalará más adelante, aún tras la STS núm. 816/2023, de 29 de mayo, algunas Audiencias Provinciales siguen exigiendo esa prueba de los servicios prestados.

Esta STJUE de 16 de marzo de 2023 incide en este punto en el conocimiento y comprensibilidad de la naturaleza de los servicios prestados, deduciéndose ésta del contrato; pero esta es una cuestión distinta a la exigencia de prueba de los servicios prestados; en mi opinión, de la doctrina del TJUE sí que se deriva la exigencia de al menos con un carácter de mínimo, una prueba sobre los servicios proporcionados en el marco del «juicio de razonabilidad» que el TJUE en esta sentencia exige del juez nacional cuando aborda la resolución de la cuestión pre-judicial relativa al posible desequilibrio entre las partes, como a continuación se detallará en el siguiente apartado C).

iii) Y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.

C) Y, por último, en cuanto a un control de contenido de cara a la valoración de la posible existencia de abusividad y un desequilibrio importante entre las partes como consecuencia de la inclusión de esa cláusula de comisión de apertura, el TJUE advierte que tal valoración debe efectuarse por el juez nacional atendiendo a los siguientes criterios:

- Con referencia a su sentencia anterior de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados *Caixabank y BBVA*, C224/19 y C259/19, indica que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará «teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa».
- En cuanto al cumplimiento de las exigencias de la buena fe, considera el TJUE que el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados *Caixabank y BBVA*, C224/19 y C259/19).
- Por lo que respecta a la existencia de un posible desequilibrio importante, el TJUE señala, con referencia a su anterior STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto *Kiss y CIB Bank*, C-621/17), que «su examen no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. En efecto, un desequilibrio importante solamente puede resultar de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, de un obstáculo al ejercicio de estos derechos o de una imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales».

Partiendo de las previsiones del Derecho español de definición de la comisión de apertura como una «comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su con-

cesión», el TJUE en relación con la cláusula de imposición al consumidor del pago de tal comisión de apertura concluye que como tal no parece que se trate de una cláusula que incida negativamente en la posición jurídica del consumidor según el Derecho nacional, a menos que se aprecie que concurra alguno de estos supuestos:

- a) Que no pueda considerarse razonablemente que los servicios prestados como contrapartida a la comisión se proporcionan en el ámbito de las prestaciones antes descritas como objeto de esa comisión según la normativa nacional.
- b) Que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo.

A este respecto se observa cierta discrepancia de esta sentencia con la anterior STJUE de 16 de julio de 2020: mientras que en ésta se advertía que la entidad prestamista debía probar la realidad efectiva de los servicios prestados y gastos habidos por los que respondía la comisión de apertura y el juez nacional comprobar tales extremos, en esta STJUE de 16 de marzo de 2023 lo que se exige al juez es un «juicio de razonabilidad» respecto a los servicios prestados, es decir, que estos respondan «razonablemente» a lo que de acuerdo con la normativa sectorial se prevé que deben ser los servicios objeto de remuneración a través de la comisión de apertura. Por tanto, si la comisión de apertura se prevé en el caso concreto para servicios o gastos no contemplados en la normativa nacional o que no sean necesarios para el «estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo» y por ello razonablemente cabe apreciar que no responden a lo que legalmente se contempla como servicios o gastos cubiertos por la comisión de apertura, entonces debe considerarse tal cláusula como abusiva por causar un desequilibrio relevante al consumidor en el marco de ese contrato.

Esto resultaría claro si en el contrato se detallaran servicios que no se corresponden con lo previsto legalmente para una comisión de apertura; pero en la práctica rara vez se expondrá así en el propio contrato (máxime teniendo en cuenta la doctrina del TJUE ya comentada de que no se exige detallar en el contrato la naturaleza de cada servicio prestado), de modo que, para que el juez nacional pueda hacer ese «juicio de razonabilidad», entiendo que se exige un mínimo de prueba en el proceso sobre la prestación de los servicios a los que se vincula la remuneración que supone la comisión de apertura; una prueba al menos mínima y básica que permita al juez nacional valorar que razonablemente aquello que se realizó se corresponde con lo que legalmente se prevé que debe ser compensado con el importe de la comisión de apertura (y luego aparte de esto se hará el juicio de proporcionalidad de ese importe).

Y es que no cabe obviar que el TJUE advierte que resulta imprescindible que en cada caso el juez competente compruebe y controle efectivamente la posible existencia de ese desequilibrio conforme a los criterios antes apuntados; examen y control de abusividad y posible desequilibrio que está obligado a hacer el juez, sin que sea posible considerar automáticamente tal cláusula como no abusiva «por el mero hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo y previstos en la normativa nacional». Y, además, en cuatro apartados antes de esta misma sentencia de 16 de marzo de 2023, el TJUE recordó que «una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen los requi-

sitos fijados por la referida normativa nacional en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que deberá realizar el juez competente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato». Doctrina esta que incide, a mi juicio, en la ya comentada necesidad de que al menos exista un mínimo de prueba, si acaso básica, sobre qué ha realizado la entidad bancaria en ese caso como contrapartida al cobro de la comisión de apertura, para comprobar el juez, como así se lo exige el TJUE, que el cobro de la comisión es «razonable» teniendo en cuenta la legislación aplicable.

A mayor abundamiento, cabe advertir que el TJUE sí descartó la notoriedad y conocimiento general sobre la comisión de apertura como aspecto a tener en cuenta en el control de transparencia de la cláusula (valorar su carácter claro y comprensible), exigiendo atender a otros factores (especialmente de información) y al caso concreto, por lo que cabe entender, asimismo, que el control de contenido y el juicio de razonabilidad sobre los servicios prestados no puede basarse simplemente en que comúnmente es conocido en qué consisten esos servicios y en que la norma ya lo prevé: de poder tenerse en cuenta esto el TJUE hubiese obviado la referencia al «juicio de razonabilidad» y su exigencia en el caso concreto.

VI. LA STS NÚM. 816/2023, DE 29 DE MAYO Y LA POSTERIOR APLICACIÓN DE SU DOCTRINA

1. LA STS NÚM. 816/2023, DE 29 DE MAYO

Tras la STJUE de 16 de marzo de 2023 lógicamente se esperaba que el Tribunal Supremo dictará sentencia en el marco de ese procedimiento que suspendió para plantear las cuestiones prejudiciales: así lo hizo con la STS núm. 816/2023, de 29 de mayo.

Pero entre una y otra resolución también se dictaron varias resoluciones por distintas audiencias provinciales en las que se han acogido conclusiones diferentes sobre la validez de la comisión de apertura manteniendo por ello la controversia al respecto: así, entre otras, SAP Alicante núm. 199/2023, de 3 de abril, SAP Pontevedra núm. 171/2023, de 3 de abril, SAP Islas Baleares núm. 276/2023, de 5 de abril, y SAP Asturias núm. 184/2023, de 10 de abril.

El contrato objeto de litigio en el proceso resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 816/2023, de 29 de mayo, era un préstamo por un importe de 130.000 euros y una comisión de apertura de 845 euros, recogiéndose en el propio contrato la denominación e importe de esta comisión en negrita.

En primera instancia el juzgado declaró la nulidad solicitada de la cláusula de comisión de apertura (entre otras cláusulas de gastos); recurrida la sentencia en apelación por la entidad bancaria la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (sección 5.^a) desestimó el recurso por cuanto la entidad prestamista no había justificado que el cobro de la comisión se correspondiera con la prestación de algún servicio efectivo.

Ante el recurso de casación, como se ha indicado, nuestro Alto Tribunal suspendió su tramitación para plantear las cuestiones prejudiciales ya indicadas, y una vez ya dictada la STJUE de 16 de marzo de 2023 respondiendo a ello, procede a resolver sobre el asunto principal.

Tras exponer la normativa específica reguladora de la comisión de apertura, de modo diferenciado a otras comisiones, así como la principal jurisprudencia que ha recaído sobre esta controversia (la misma que se ha comentado y analizado en este trabajo), en primer lugar, el Tribunal Supremo advierte de que no es posible dar una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que impone el pago de una comisión de apertura, sino que habrá que atender a cada caso concreto y a su examen individualizado atendiendo a la prueba que se practique.

Por lo tanto, ya adelanta que no va a existir una doctrina general aplicable a todo caso, sino que la resolución de esta controversia va a ser muy casuística; ahora bien, sus argumentos concretos en el asunto objeto de este recurso bien pueden tomarse en consideración en el marco de la valoración de otro caso que a futuro se plantea sobre la posible nulidad de una comisión de apertura, al menos como referencia de toma en consideración de los mismos aspectos a los que se ha atendido por el Tribunal Supremo.

Así, en concreto, el Tribunal Supremo señala, en aplicación de la doctrina recogida en la STJUE de 16 de marzo de 2023, que:

a) Cabe apreciar que en ese caso concreto se cumple con todos los requisitos de transparencia, en el marco de la información que legalmente debe prestarse al consumidor, en primer lugar, con respecto a la comisión de apertura exigidos por la normativa bancaria aplicable en la fecha de firma del contrato (la Orden de 5 de mayo de 1994), ya que: (i) se incluyen en esa comisión todos los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo; (ii) se integra obligatoriamente en una única comisión, que debe denominarse necesariamente «comisión de apertura»; (iii) dicha comisión se devenga de una sola vez; y (iv) su importe, su forma y fecha de liquidación están especificados en la propia cláusula.

Pero, además, destaca que en el caso objeto del proceso se advierte en la propia escritura de dos circunstancias: a) que la entidad financiera había entregado a los prestatarios un ejemplar de las tarifas de comisiones; y b) que el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento.

b) Por otro lado, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023 aceptó y asumió expresamente el concepto de comisión de apertura como retributiva de los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario (en general, inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito), siendo tales servicios necesarios para la concesión del préstamo.

Además, cabe tener en cuenta que dicha sentencia del TJUE advirtió de que no era preciso indicar expresamente en cada contrato ni exigir la prueba por la entidad de cada servicio prestado o gasto habido que se configure como objeto

de retribución o contrapartida por la comisión de apertura, sino que basta que la naturaleza de los mismos se pueda deducir del contrato; de modo que atendiendo a esto y partiendo también de la asunción del concepto y objeto de la comisión de apertura en los términos previstos en la normativa nacional, cabe afirmar que razonablemente en la gran mayoría de los contratos de préstamo o crédito, cumpliendo con los requisitos normativos de transparencia, se puede deducir por un consumidor medio la naturaleza de los servicios prestados, así como el objeto y fin de la comisión de apertura abonada en una sola vez al concederse el crédito.

Concretamente en este caso, en relación con la comprensibilidad por el consumidor de la naturaleza de los servicios prestados como contrapartida de la comisión de apertura, advierte el Tribunal Supremo que «la cláusula figura claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones (incluso los relativos a otras comisiones), sus términos están resaltados y queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial si se dispone de una sola vez de la totalidad del crédito, tal y como sucedió. Y respecto de lo que supone económicamente, también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado e indicado numéricamente, y además los prestatarios supieron de su cobro en la misma fecha, puesto que se les detrajo del total dispuesto. Aparte de que se incluye como uno de los conceptos integrantes de la TAE».

c) Asimismo, señala que no hay ningún solapamiento de comisiones por el mismo concepto en cuanto que no consta que por el estudio y concesión del préstamo se cobrara otra cantidad diferente y, además, en la escritura pública se prevén otras comisiones pero por conceptos distintos y claramente diferenciados, tanto en su ubicación como en su enunciado (la comisión por subrogación, la comisión de reclamación de impagados, la comisión de compromiso sobre la parte de crédito no dispuesta o la comisión por amortización anticipada).

d) Y, por último, analiza la proporcionalidad del importe cobrado en concepto de comisión de apertura, aunque eso sí, advirtiendo de que deben adoptarse cautelas para no incurrir en un control de precios prohibido por la Directiva 93/13/CEE. En el caso concreto enjuiciado en el que se exigió el pago de 845 euros en concepto de comisión de apertura por la concesión de un préstamo de 130.000 euros, considera el Tribunal Supremo que esos 845 euros no parece un importe desproporcionado en la medida que supone un 0,65 % del capital prestado; y para ilustrar su argumentación y conclusión alude a unas estadísticas accesibles por internet que indican que el coste medio de comisiones de apertura en España oscila entre el 0,25 % y el 1,50 %.

Pero no concreta a qué estadísticas o información ha acudido exactamente para concretar esa horquilla de coste medio (qué estadísticas concretas ha examinado y dónde ha obtenido los datos, si en la información publicada en ofertas de las páginas web de distintos bancos, o en la web del Banco de España, que, en virtud de lo previsto en la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012, a las que se ha hecho referencia al comienzo de este trabajo, publica información trimestral estadística remitida por cada entidad de crédito sobre las operaciones frecuentes realizadas, tipos de interés y tarifas de comisiones⁹). Tampoco señala qué fecha ha tenido en cuenta: cabe entender que lo oportuno sería atender a la fecha de concesión del préstamo y pago de la comisión para analizar si de acuerdo con el

importe medio de las comisiones de apertura de ese momento la comisión fijada era o no desproporcionada.

En cualquier caso, cabe señalar que esta referencia al 0,65 % o a esa horquilla del 0,25%–1,50% no se acoge como una cuestión a acoger automáticamente como elemento fijo de la consideración de la desproporción. A diferencia de lo que el Tribunal Supremo ha concretado respecto de la usura en los créditos *revolving* en su STS núm. 258/2023, de 15 de febrero (donde se fija como criterio de referencia el de que se considerará como un «interés notablemente superior al interés normal del dinero» aquel que sea superior a seis puntos porcentuales de ese interés normal o medio del mercado, obtenido principalmente de las estadísticas oficiales del Banco de España en relación con las operaciones *revolving* u otras operaciones específicas que se consideren las más similares en el caso)¹⁰, en este caso realmente esa referencia el Tribunal Supremo sólo la ha indicado a título argumentativo del caso concreto objeto de ese recurso de casación sin el fin de fijar doctrina al respecto, de modo que no puede concluirse que todas aquellas comisiones de apertura que superen el 0,65 % respecto del importe del capital prestado o que superen la horquilla máxima del 1,50 % se deban considerar desproporcionadas y por ello abusivas; no; debe atenderse a la primera advertencia de nuestro Alto Tribunal en esta STS de 29 de mayo de 2023: no cabe dar una respuesta o solución unívoca en estos litigios, sino que la respuesta deberá atender a la prueba practicada en cada caso particular. Aunque sí que puede considerarse como un dato de referencia; de hecho, los distintos magistrados de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Oviedo reunidos en pleno el 8 de junio de 2023 adoptaron por unanimidad un acuerdo de unificación de criterios en el marco de las acciones de nulidad de cláusulas de comisión de apertura en préstamos hipotecarios en los que el prestatario fuera un consumidor indicando que «se seguirán las pautas sentadas en la STS 816/2023 de 29 de mayo, en interpretación de la STJUE de 16 de marzo de 2023, respecto a la aplicación a las comisiones de los controles de incorporación, de transparencia y de contenido, con la precisión en este último de que al valorar la proporcionalidad del importe de la comisión se tendrá como proporcional una comisión cuyo montante oscile entre el 0,25 % y el 1,50 % del capital de préstamo con un límite cuantitativo de 1000 euros» (un límite que, a mi juicio, es muy oportuno fijar); también acogió esa horquilla señalada por el Tribunal Supremo como parámetro de referencia en el control de proporcionalidad de la comisión de apertura la SAP Málaga, sección 6.^a, núm. 867/2023, de 13 de junio («en principio, las comisiones que se muevan en este arco no se considerarían como abusivas»).

e) El Tribunal Supremo al declarar ya que la cláusula es transparente, estima el recurso de casación en cuanto que la Audiencia Provincial que dictó la resolución recurrida «limitó su análisis al hecho de que no se justificó en qué consistieron los servicios que se retribuyeron con la comisión de apertura, lo que, como hemos visto, ha sido descartado expresamente como requisito de validez por el TJUE».

Precisamente en este último inciso creo que nuestro Tribunal Supremo se equivoca en la aplicación de la doctrina del TJUE, por cuanto, como se ha indicado anteriormente, entiendo que el TJUE no descartó totalmente la prueba sobre los servicios prestados retribuidos con la comisión; al margen del control de transparencia, en el marco del control de un posible desequilibrio entre las partes,

además de un «juicio de proporcionalidad» del importe cobrado como comisión de apertura y el deber de comprobar que no hay ningún solapamiento con el cobro de otra comisión por el mismo concepto, advierte el TJUE de la obligación del juez nacional de hacer un «juicio de razonabilidad» de los servicios proporcionados con respecto a lo que se prevé en la normativa específica reguladora: por tanto, no se descarta, como concluye el Tribunal Supremo, atender a cuáles fueron los servicios prestados (con una mínima y básica prueba sobre su realidad) para valorar así la validez de la cláusula en cuanto a controlar un posible desequilibrio entre las partes y por tanto una eventual abusividad. A mayor abundamiento, cabe advertir que el TJUE sí descartó la notoriedad y conocimiento general sobre la comisión de apertura como aspecto a tener en cuenta en el control de transparencia de la cláusula, exigiendo atender a otros factores y al caso concreto, por lo que cabe entender, asimismo, que el control de contenido y el juicio de razonabilidad sobre los servicios prestados no puede basarse simplemente en que comúnmente es conocido en qué consisten esos servicios y en que la norma ya lo prevé: de poder tenerse en cuenta esto el TJUE hubiese obviado la referencia al «juicio de razonabilidad» y su exigencia en el caso concreto.

Y a este respecto, el Tribunal Supremo omite hacer ese «juicio de razonabilidad» en el supuesto sometido a su resolución: no aporta argumentos ni fundamentación expresa y clara sobre si los servicios prestados en ese caso por la entidad prestamista «razonablemente» se ajustan a lo indicado por la normativa específica como servicios previstos como contrapartida al pago de la comisión de apertura. En el control de la cláusula se limita a analizar su claridad y comprensibilidad (transparencia), si hay o no solapamiento con otras comisiones cobradas y si el importe de la comisión es proporcional al importe del préstamo concedido, pero obvia el otro elemento señalado por el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023 y de gran importancia en el control de abusividad: ese «juicio de razonabilidad» de los servicios prestados. Y es que los juicios de «proporcionalidad» y de «razonabilidad» no son juicios o valoraciones excluyentes entre sí: si el juez concluye que la comisión no es desproporcionalada, eso no implica que ya la cláusula sea válida; se debe desarrollar el «juicio de razonabilidad», que exige un mínimo de prueba sobre los servicios que efectivamente se han prestado por la entidad. Y sólo si se superan ambos juicios entonces sí puede el juez concluir la validez de la cláusula (esto partiendo de que ya antes se ha efectuado el control de transparencia y se ha superado).

2. ALGUNAS RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES POSTERIORES A LA STS DE 29 DE MAYO DE 2023: ESPECIAL REFERENCIA A LA SAP LAS PALMAS DE 19 DE JUNIO DE 2023

Con la STS núm. 816/2023, de 29 de mayo, se puede entender que se sienta ya una doctrina bastante clara en relación con los aspectos a valorar de cara a decidir sobre la transparencia de la cláusula de imposición del pago de una comisión de apertura, aportando mayor seguridad jurídica; se sientan criterios claros con respecto a la valoración de la claridad y comprensibilidad de la cláusula, se advierte de la necesidad de comprobar que no haya solapamientos con el cobro de otras comisiones y lo mismo cabe concluir en el marco del control de contenido o de abu-

sividad en cuanto al juicio de proporcionalidad del importe de la comisión, con ciertos parámetros a tener en cuenta. Siempre teniendo en cuenta, eso sí, que esta doctrina no supone una aplicación automática, sino que exige valoración caso a caso, lo cual implica que la litigiosidad en esta materia no se va a reducir sin más, pero al menos parece que ya se han sentado unos criterios claros que aporten algo de seguridad jurídica al respecto en estos aspectos relativos a la transparencia y la proporcionalidad.

Sin embargo, no está clara la cuestión sobre la exigencia de prueba de los servicios prestados efectivamente. El Tribunal Supremo parece rechazar esa necesidad; sin embargo, de la doctrina del TJUE no parece que deba descartarse un mínimo de prueba por las razones ya indicadas y con el fin de realizar ese «juicio de razonabilidad» exigido al juez.

Esta cuestión aún está pendiente de aclarar y así queda patente en algunas resoluciones dictadas con posterioridad a la STS de 29 de mayo de 2023, donde expresamente se discrepa de lo indicado en esta sentencia de nuestro Alto Tribunal. Es el caso de las SSAP Girona núms. 427/2023 y 432/2023, ambas de 1 de junio, que declaran nula la cláusula de comisión de apertura recordando la primacía del Derecho comunitario y la jurisprudencia del TJUE sobre el Derecho nacional; inciden en lo señalado por el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023 y la anterior de 16 de julio de 2020, en la comprensibilidad por el consumidor de la naturaleza de los servicios prestados y en la necesidad de que exista un control efectivo respecto a la posible desproporción entre los servicios prestados y la cuantía de la comisión; y concluyen declarando nula la cláusula por cuanto no se ha demostrado qué servicios realmente se han prestado.

También debe destacarse la SAP Las Palmas, sección 4.^a, de 19 de junio de 2023 que critica y confronta expresamente con la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en su sentencia de 29 de mayo de 2023 (sentencia de la que procede a hacer un claro comentario crítico), respecto de la que advierte que obvió algunos apartados de la STJUE de 16 de marzo de 2023, que es la que esta Audiencia Provincial decide aplicar directamente, al margen de lo indicado por el Tribunal Supremo.

Tras la transcripción de todos los apartados de la referida sentencia del TJUE en relación con el control de transparencia, en primer lugar la Audiencia Provincial de Las Palmas se pregunta (concluyendo que no tiene respuesta al respecto) «¿por qué, si esos estudios, investigaciones y análisis son, por un lado, ajenos a la actividad ordinaria de un banco (y por eso deben ser retribuidos independientemente) y, por otro, se llevan a cabo en todas las ocasiones en que una persona pide un préstamo hipotecario, sin embargo no se cobran a aquéllos a quienes se les deniega y sí que se cobran a los que se les concede? Además, advierte que aunque pueda resultar obvio que la entidad bancaria deba llevar a cabo estudios, investigaciones y análisis acerca de la previsibilidad que el solicitante de un préstamo hipotecario pueda ser capaz de devolver el dinero prestado, y por eso no cabe ninguna duda de que la comisión de apertura es legal, eso es distinto a conocer cuántos y cuáles son en concreto esos estudios, investigaciones y análisis y, por supuesto, su precio; y a este respecto concluye que en general el ciudadano desconoce qué actuaciones realiza el llamado «departamento de riesgos» de la entidad prestamista de cara a decidir sobre la concesión del préstamo, pero que lógicamente

el número, tipo, duración, complejidad y coste de esos estudios y actuaciones no puede ser el mismo en todos los casos, pues dependerá del importe del préstamo y la cuota mensual a abonar, de si se va a constituir alguna garantía adicional, del valor de tasación de la finca que se vaya a hipotecar en su caso, de los ingresos habituales de la persona solicitante del préstamo o de si esa persona tiene o no otros préstamos ya suscritos y aún no terminados de amortizar. Por tanto, y a partir de los requisitos de transparencia indicados en la STJUE de 16 de marzo de 2023, concluye la Audiencia Provincial de Las Palmas que en ese caso la cláusula no es transparente porque: no puede razonablemente entenderse la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados; y ninguna prueba existe de que se haya informado al cliente sobre cuántos y cuáles fueron los estudios llevados a cabo, de modo que el prestatario no pudo evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de la cláusula de comisión de apertura.

Sobre esto realmente tampoco se observa contradicción con la STS de 29 de mayo de 2023, por cuanto en esta ya se advirtió de que no pueden darse respuestas unívocas y habría que resolver caso a caso, y eso es lo que se ha producido en este supuesto resuelto por la Audiencia Provincial de Las Palmas; atendiendo al caso concreto el tribunal ha apreciado que no ha habido suficiente información al consumidor. La Audiencia critica la STS de 29 de mayo de 2023 por afirmar que la información que obligatoriamente debe prestarse según la normativa nacional se considere por el Tribunal Supremo como un máximo que le exime de proporcionar otra información, cuando debiera considerarse como un mínimo (en este punto, discrepo de esa apreciación de la Audiencia pues en ningún momento de la STS de 29 de mayo de 2023 se deduce esa limitación o exención que afirma) y porque entiende que «a diferencia de lo que sostiene el TS en su Sentencia de 29 de mayo de 2023, no basta con que la cláusula figure claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones y sus términos estén resaltados y que quede claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial»: crítica que tampoco comparto pues, al margen de no entender el contexto en el que alude a eso la Audiencia Provincial de Las Palmas y de que señala que no basta con eso pero no concreta qué falta, realmente el Tribunal Supremo sólo acogió esas cuestiones dentro de la valoración de la comprensibilidad por el consumidor de la naturaleza de los servicios prestados en el marco concreto de ese caso, sin excluir otros, pero además también incluyó un análisis de otros elementos de cara a verificar la comprensibilidad de las consecuencias económicas de esa comisión, que entendió el Tribunal Supremo que en ese caso sí estaba claro, pero la Audiencia Provincial de las Palmas no lo vio así en su caso, dentro de la valoración casuística e individualizada que debe primar en estos asuntos, como ya advirtió la STS de 29 de mayo de 2023.

Con respecto al control de abusividad, en este caso la Audiencia Provincial de Las Palmas critica que el Tribunal Supremo no haya tenido en cuenta (en rigor más bien es que no haya transscrito) todos los apartados que el TJUE dedica a dicho control en su sentencia de 16 de marzo de 2023. Una vez transcritos todos esos apartados por la Audiencia, ésta analiza el caso concreto y concluye que «cobrar un precio, el que sea, por la prestación de unos servicios sin decir ni una sola palabra sobre el número, tipo, duración, complejidad y coste de esos estudios y sin informar de por qué los mismos eran los adecuados y necesarios atendiendo

a las circunstancias concretas y singularizadas del préstamo solicitado» no fue una actuación leal ni equitativa con respecto al prestatario y, por tanto, no podía esperarse razonablemente que éste aceptase una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, además de que impide que el juez «pueda “tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios” incluidos en la comisión de apertura, lo que la convierte en abusiva».

Afirmó también que al no considerar transparente dicha cláusula cabe concluir asimismo (y en atención a lo indicado por la STS de 26 de mayo de 2023, relativa a un préstamo multidivisa) que se ha provocado un grave desequilibrio en contra de las exigencias de la buena fe, agravando la situación jurídica del prestatario.

Por último, se incide en la cuestión más controvertida que ya indiqué anteriormente: el llamado «juicio de razonabilidad». Y a este respecto la Audiencia Provincial de Las Palmas advierte de que no puede llevarse a cabo ese control o comprobación de que la comisión responde a los servicios prestados en ese caso concreto «al no existir ni una sola prueba o evidencia sobre el número, tipo, duración, complejidad y coste de los estudios que se incluían en la comisión de apertura ni de por qué los mismos eran los adecuados y necesarios atendiendo a las circunstancias concretas y singularizadas del préstamo solicitado». Concluyendo que llevar a cabo un control de abusividad únicamente atendiendo a que no haya solapamiento en el cobro de comisiones por los mismos conceptos y a que el importe cobrado sea o no proporcionado atendiendo a esa horquilla de 0,25%-1,5%, supone un límite en la facultad de los tribunales de llevar a cabo, incluso de oficio, ese control de la potencial abusividad de la comisión de apertura. Conclusión oportuna a mi juicio en la medida que coincide con la crítica ya hecha en apartados anteriores de este trabajo a la STS núm. 816/2013, de 29 de mayo, al omitir dentro del control de abusividad ese «juicio de razonabilidad» que exigía claramente el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023.

Junto con estas resoluciones, también se han dictado otras por distintas Audiencias Provinciales en las que se ha determinado en el examen concreto del caso sometido a su enjuiciamiento que la cláusula era no transparente atendiendo a los criterios indicados por el TJUE y el Tribunal Supremo, y seguirán sucediéndose las sentencias en la medida que la premisa es que debe valorarse cada caso concreto pues no cabe solución o decisión unívoca. Y, asimismo, algunas resoluciones han seguido el mismo criterio y doctrina, aplicándola al caso, que el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 mayo de 2023, incluida su errónea conclusión sobre que el TJUE descartó expresamente atender a los servicios prestados real y efectivamente como criterio o requisito de validez y, por tanto, sin aplicar un juicio de «razonabilidad», declarando válidas las cláusulas de comisión de apertura tras el juicio de transparencia y proporcionalidad que consideran superados (así, entre otras, las SSAP Ciudad Real, sección 2.^a, núms. 204/2023 y 205/2023, ambas de 7 de junio, la SAP Málaga, sección 6.^a, núm. 867/2023, de 13 de junio, y las SSAP Albacete, sección 1.^a, núms. 318/2023 y 321/2023, ambas de 16 de junio).

Así pues, aún no se ha zanjado totalmente la controversia sobre la comisión de apertura. De hecho, se mantiene especialmente en el aspecto que fundamentalmente fue el más controvertido entre nuestros tribunales, esto es, la prueba efectiva de los servicios prestados y que se pretenden remunerar con la comisión de

apertura; aparte de ese «juicio de razonabilidad» al que se ha hecho referencia en este trabajo, que erróneamente en algunos casos se obvia centrando el control de la cláusula sólo en la transparencia, la proporcionalidad y el posible solapamiento con el cobro de otras comisiones.

Habrá que esperar a un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo para fijar más la doctrina o matizarla a este respecto de la prueba de los servicios prestados; no creo que se vuelva a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE pues el problema se ha mantenido al obviar el Tribunal Supremo ese «juicio de razonabilidad» previsto en la doctrina del TJUE y lo oportuno es que desde el Tribunal Supremo se fije mejor esa doctrina y su aplicación, sin tener que pedir la intervención del TJUE; pero visto lo que está sucediendo en los últimos años, tampoco podría descartarse totalmente.

VII. CONCLUSIONES

I. En el control de la comisión de apertura la respuesta y solución no es unívoca. Debe atenderse al caso concreto y el juez nacional debe examinar y aplicar los controles de transparencia y abusividad atendiendo a las circunstancias del supuesto determinado que se somete a su enjuiciamiento.

II. La cláusula de comisión de apertura no es un elemento esencial del contrato; no forma parte del objeto principal del contrato.

III. En el marco del control de transparencia, tal y como advierte el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023, la notoriedad o conocimiento general de los consumidores sobre la comisión de apertura no es un aspecto que pueda tenerse en cuenta para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula ni, por tanto, criterio que pueda apoyar una decisión de transparencia de la cláusula.

Para valorar la claridad y comprensibilidad de la cláusula que impone el pago de la comisión de apertura los aspectos a tener en cuenta son fundamentalmente: la información proporcionada al consumidor (tanto la exigida por la normativa como cualquier otra aportada durante la negociación, incluida la transmitida vía publicidad); el propio tenor de la cláusula contractual; el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz teniendo en cuenta que es una comisión que se prevé como de pago único o íntegro de un importe relevante y en el mismo momento de concesión del crédito; y, en cierta medida, también la ubicación y estructura de la cláusula en cuanto que se evidencie que la cláusula es un elemento importante (que no principal) del contrato y permite en tal sentido al consumidor evaluar las consecuencias económicas que para él se derivan de esa cláusula.

Atendiendo a todos esos elementos debe comprobarse que el prestatario está en condiciones de: i) evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula; ii) entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella; y iii) verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.

IV. Por lo que se refiere al control de contenido y posible abusividad, además de atender y valorar posibles actuaciones contrarias a la buena fe, principalmente

en el marco de un posible desequilibrio importante entre las partes en detrimento del consumidor, el TJUE en su sentencia de 16 de marzo de 2023 advierte que *per se y a priori*, atendiendo a la definición que sobre la comisión de apertura se contiene en el Derecho nacional, no parece que la misma pueda considerarse que provoca tal desequilibrio incidiendo negativamente en la posición jurídica del consumidor según el Derecho nacional; pero el juez nacional debe en todo caso valorar el caso concreto de modo que sí existiría tal desequilibrio si concurre alguno de estos supuestos:

- a. Que no pueda considerarse razonablemente que los servicios prestados como contrapartida a la comisión se proporcionan en el ámbito de las prestaciones descritas como objeto de esa comisión según la normativa nacional.
- b. Que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo.

Por lo tanto, dentro de este control de abusividad, el TJUE contempla que se desarrolle por el juez nacional dos juicios o valoraciones distintas: un «juicio de razonabilidad» y un «juicio de proporcionalidad». Si en cualquiera de ellos la valoración del juez determina que concurre el supuesto (es decir, se elude la razonabilidad o adecuación de la comisión con los servicios que legalmente se deben compensar con la comisión, o se concluye que la comisión es desproporcionada), entonces debe declarar la cláusula como abusiva y, por tanto, nula.

Pero no son juicios o valoraciones excluyentes: si el juez concluye que la comisión no es desproporcionada, eso no implica que ya la cláusula sea válida; se debe desarrollar el «juicio de razonabilidad», que exige un mínimo de prueba sobre los servicios que efectivamente se han prestado por la entidad. Y sólo si se superan ambos juicios entonces sí puede el juez concluir la validez de la cláusula (esto partiendo de que ya antes se ha efectuado el control de transparencia y se ha considerado superado).

V. Y es respecto de esto último que cabe criticar la STS de 29 de mayo de 2023.

Por el Tribunal Supremo se ha atendido oportunamente al control de transparencia fijando criterios y aspectos a valorar; también se han dado referencias sobre el juicio de proporcionalidad y aplicado el control para evitar solapamientos de comisiones y servicios cobrados; sin embargo, la controversia sobre la comisión de apertura no se ha zanjado al obviar el Tribunal Supremo la aplicación efectiva del «juicio de razonabilidad» exigido por el TJUE y considerar que este Tribunal comunitario ha descartado expresamente la necesidad de acreditar los servicios prestados como requisito de validez.

El «juicio de razonabilidad» exige que al menos exista un mínimo de prueba, si acaso básica, sobre qué ha realizado la entidad bancaria en ese caso como contrapartida al cobro de la comisión de apertura, para comprobar el juez, como así se lo exige el TJUE, que el cobro de la comisión es «razonable» teniendo en cuenta la legislación aplicable.

Y ese «juicio de razonabilidad» debe realizarse aun cuando se haya hecho el «juicio de proporcionalidad» si éste ha sido superado y considerado que la comisión no es desproporcionada.

VI. Aún no se ha zanjado totalmente la controversia sobre la comisión de apertura. De hecho, se mantiene especialmente en el aspecto que fundamentalmente fue el más controvertido entre nuestros tribunales, esto es, la prueba efectiva de los servicios prestados y que se pretenden remunerar con la comisión de apertura; aparte de ese «juicio de razonabilidad» al que se ha hecho referencia en este trabajo, que erróneamente en algunos casos se obvia centrando el control de la cláusula sólo en la transparencia, la proporcionalidad y el posible solapamiento con el cobro de otras comisiones.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 20 de septiembre de 2017 (asunto *Andriciuc y otros*, C-186/16).
- STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto *Kiss y CIB Bank*, C-621/17).
- STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados *Caixabank y BBVA*, C-224/19 y C-259/19).
- STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto *Caixabank*, C-565/21).
- STS núm. 44/2019, de 23 de enero.
- STS núm. 816/2023, de 29 de mayo.
- SAP Madrid, sección 14.^a, núm. 391/2017, de 28 diciembre.
- SAP Soria, sección 1.^a, núm. 5/2018, de 15 enero.
- SAP Asturias, sección 6.^a, núm. 24/2018, de 19 de enero.
- SAP León, sección 1.^a, núm. 250/2018, de 15 junio.
- SAP Pontevedra, sección 1.^a, núm. 313/2018, de 21 de septiembre.
- SAP Islas Baleares núm. 597/2020, de 21 de septiembre.
- SAP Castellón núm. 767/2020, de 16 de diciembre.
- SAP Murcia núm. 673/2021, de 10 de junio.
- SAP Las Palmas núm. 449/2022, de 13 de abril.
- SAP Murcia núm. 1139/2022, de 24 de noviembre.
- SAP Alicante núm. 199/2023, de 3 de abril.
- SAP Pontevedra núm. 171/2023, de 3 de abril.
- SAP Islas Baleares núm. 276/2023, de 5 de abril.
- SAP Asturias núm. 184/2023, de 10 de abril.
- SAP Girona núm. 427/2023, de 1 de junio.
- SAP Girona núm. 432/2023, de 1 de junio.
- SAP Ciudad Real, sección 2.^a, núm. 204/2023, de 7 de junio.
- SAP Ciudad Real, sección 2.^a, núm. 205/2023, de 7 de junio.
- SAP Málaga, sección 6.^a, núm. 867/2023, de 13 de junio.
- SAP Albacete, sección 1.^a, núm. 318/2023, de 16 de junio.
- SAP Albacete, sección 1.^a, núm. 321/2023, de 16 de junio.
- SAP Las Palmas, sección 4.^a, de 19 de junio de 2023.

NOTAS

¹ Esta previsión también se reitera para el caso de los préstamos o créditos inmobiliarios en el art. 14.3 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI). Con esta previsión se trata de poner freno a esos cobros abusivos por servicios inexistentes innecesarios o no pedidos ni queridos por el prestatario, extendiendo esa previsión de la Orden EHA/2899/2011 sobre servicios bancarios (y que igualmente en sentido similar se recoge en el art. 5.1.b LOSSEC) a préstamos o créditos inmobiliarios a que se refiere la LCCI que no tienen que ser concedidos por entidades bancarias. Cabe reseñar, asimismo, que en términos similares se establecen las comisiones y gastos repercutibles para el caso de las actividades de contratación e intermediación en préstamos o créditos a que se refiere el art. 5 de la 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 (en adelante, LCPHSI). Un art. 5 LCPHSI que fue objeto, por otro lado, de reforma y nueva redacción por la disposición final novena, apartado dos, de la LCCI, con la que se elimina la referencia que se hacía a la comisión de apertura en un subapartado b) de ese art. 5.2 LCPHSI; y precisamente en ese subapartado eliminado de la LCPHSI se preveía lo mismo que ahora se recoge en el punto 4 del art. 15 LCCI en relación con la comisión de apertura: “Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo”.

² A este respecto, puede consultarse esa información publicada en la página web del Banco de España en <https://www.bde.es/wbe/es/para-ciudadano/tablon-de-anuncios/comisiones-y-tipos-de-interes-de-los-servicios-financieros/>, estando el comparador entre entidades accesible en https://app.bde.es/csfwciu/csfwciuias/xml/Arranque.html?initOperation=becsfwciu_InicioMenuWeb2# (fecha de ultima consulta: el 14 de julio de 2023), en el apartado «Servicios financieros más frecuentes» y después el subapartado «Comparación entre entidades para una fecha», permitiendo hacer una comparación entre varias entidades, en un determinado trimestre que se quiera seleccionar a partir de 2012, y por distintas operaciones o servicios financieros. Por ejemplo, consultando los préstamos hipotecarios, se señala qué comisión de apertura han aplicado en tales préstamos las distintas entidades bancarias que se ha indicado para comparar en ese trimestre seleccionado; o también puede optarse por seleccionar todos los bancos y todos los servicios financieros y el documento excel que puede descargarse con la comparativa aportará información completa de todo ello para ese trimestre seleccionado.

³ Concretamente, además, al respecto se advierte en la parte B del anexo I LCCI, con las instrucciones para cumplimentar dicha ficha, dentro del apartado «Otros componentes de la TAE» de la Sección «4. Tipo de interés y otros gastos» que se deben enumerar todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración (aquí se incluiría la comisión de apertura) y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales. Se advierte que en este apartado el prestamista enumerará cada uno de los gastos por categoría (gastos que deben abonarse una sola vez, gastos que han de pagarse regularmente y que están incluidos en las cuotas y gastos que han de pagarse regularmente pero que no están incluidos en las cuotas), indicando su importe, el destinatario y la fecha de pago. No será, sin embargo, necesario incluir los costes derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Si el importe de un gasto se desconoce, el prestamista dará una indicación de su cuantía, si es posible, y, si no es posible, indicará la forma en que se calculará, especificando que el importe mencionado es meramente indicativo; en caso de que no se incluyan en la TAE ciertos gastos por ser desconocidos para el prestamista, deberá destacarse esta circunstancia.

⁴ En consecuencia, tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo.

Respecto de la TAE, precisamente la LCCI viene a considerar los gastos y comisiones (entre ellas la de apertura) como costes y gastos a incluir y a tener en cuenta dentro del coste total del préstamo y en el cálculo de la TAE (*vid. al respecto los arts. 6.1, 6.3, 8.2, 8.4 y 9 y los anexos I y II de la LCCI*).

En la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) introducida por la LCCI, se alude expresamente a los gastos y comisiones. Concretamente, además, al respecto se advierte en la parte B del anexo I LCCI, con las instrucciones para cumplimentar dicha ficha, dentro del apartado «Otras componentes de la TAE» de la Sección «4. Tipo de interés y otros gastos» que se deben enumerar todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración (aquí se incluiría la comisión de apertura) y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales. Se advierte que en este apartado el prestamista enumerará cada uno de los gastos por categoría (gastos que deben abonarse una sola vez, gastos que han de pagarse regularmente y que están incluidos en las cuotas y gastos que han de pagarse regularmente pero que no están incluidos en las cuotas), indicando su importe, el destinatario y la fecha de pago. No será, sin embargo, necesario incluir los costes derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Si el importe de un gasto se desconoce, el prestamista dará una indicación de su cuantía, si es posible, y, si no es posible, indicará la forma en que se calculará, especificando que el importe mencionado es meramente indicativo; en caso de que no se incluyan en la TAE ciertos gastos por ser desconocidos para el prestamista, deberá destacarse esta circunstancia.

⁵ Sobre el resto de argumentos y pronunciamientos del TJUE en relación con la controversia jurisprudencial sobre los gastos hipotecarios, a raíz de lo indicado por el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020 en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (que tuvo posterior acogida y reflejo en las SSTS núm. 457/2020, de 24 de julio, núm. 465/2020, de 14 de septiembre, núm. 555/2020, de 26 de octubre, y núm. 619/2020, de 17 de noviembre), puede consultarse mi anterior trabajo: SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Nulidad por abusiva de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: integración del contrato conforme al Derecho nacional supletorio, prescripción de la acción de restitución y costas procesales (a propósito de la STJUE de 16 de julio de 2020 y la doctrina del Tribunal Supremo). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782, noviembre-diciembre de 2020, pp. 3911-3944.

⁶ Este art. 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE indica que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

⁷ Según el apartado 1 del art. 5 LCPHSI: «Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley, en la Ley de 23 de julio de 1908 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas. En las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor».

⁸ Concretamente la tercera cuestión prejudicial se planteó de la forma siguiente: «¿Se opone al artículo 3, apartado 1, de la Directiva [93/13] una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a la comisión de apertura de un contrato de préstamo o crédito, que tiene por objeto la remuneración de los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia

del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca, etc.), como presupuestos para su concesión, que se establece expresamente en la normativa nacional como retribución de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo o crédito, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato?»

⁹ Puede consultarse esa información publicada en la página web del Banco de España en <https://www.bde.es/wbe/es/para-ciudadano/tablon-de-anuncios/comisiones-y-tipos-de-interes-de-los-servicios-financieros/>, estando el comparador entre entidades accesible en https://app.bde.es/csfwciu/csfwciu/xml/Arranque.html?initOperation=becsfwciu_Inicio-MenuWeb2# (fecha de última consulta: el 14 de julio de 2023), en el apartado «Servicios financieros más frecuentes» y después el subapartado «Comparación entre entidades para una fecha», permitiendo hacer una comparación entre varias entidades, en un determinado trimestre que se quiera seleccionar a partir de 2012, y por distintas operaciones o servicios financieros. Por ejemplo, consultando los préstamos hipotecarios, se señala qué comisión de apertura han aplicado en tales préstamos las distintas entidades bancarias que se ha indicado para comparar en ese trimestre seleccionado; o también puede optarse por seleccionar todos los bancos y todos los servicios financieros y el documento excel que puede descargarse con la comparativa aportará información completa de todo ello para ese trimestre seleccionado. Muy probablemente esta información es a la que se habrá acudido por el Tribunal Supremo; pero de ser así no se entiende porqué no lo ha indicado expresamente pues es una cuestión de transparencia e información que, además, daría una referencia clara de actuación posterior a otros tribunales sobre ese juicio de proporcionalidad.

¹⁰ Vid., a este respecto, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2023). A vueltas sobre la usura en los créditos revolving. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 797, mayo-junio de 2023, pp. 1832-1860.