

La comisión de apertura en el contrato de préstamo o crédito hipotecario y su control de abusividad¹

ROCÍO LÓPEZ SAN LUIS
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Almería

RESUMEN

Con el fallo emitido por la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 16 de marzo de 2023, la validez de la comisión de apertura está fuera de toda duda, siempre y cuando supere los controles de transparencia y de contenido –arts. 3, 4.2.º y 5 Directiva 93/13/CEE–. El citado tribunal considera que la comisión de apertura no forma parte de la estructura del precio, quedando, por tanto, fuera del objeto principal del contrato de préstamo o crédito hipotecario. Todo ello, viene a contradecir, en parte, la doctrina fijada por el TS en la sentencia 44/2019 de 23 de enero.

PALABRAS CLAVE

Control de transparencia, contratos con consumidores, cláusulas predispuestas reguladoras precio y prestación.

The origination fee in mortgage loan or credit agreements and its examination for unfairness

ABSTRACT

With the ruling issued by the CJEU (Fourth Chamber) of 16 March 2023, the validity of the origination fee is beyond any doubt, provided that it passes the transparency and content controls –arts. 3, 4.2.º and 5 Directive 93/13/EEC–.

¹ Publicación realizada en el marco del Proyecto I+D+i UAL-FEDER: «Hacia una Justicia eficiente y sostenible: una aproximación multidisciplinar» (Referencia: UAL2020-SEJ-C1965), Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, Junta de Andalucía, cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020.

The aforementioned Court considers that the origination fee does not form part of the price structure, and is therefore outside the main object of the mortgage loan or credit agreement. All this contradicts, in part, the doctrine established by the SC in judgment 44/2019 of January 23.

KEY WORDS

Control of transparency, consumer contracts, general conditions and predisposed clauses regulating price and delivery.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Control de transparencia y de contenido de las cláusulas que versan sobre elementos esenciales del contrato.–II.A. Cuestiones generales relativas a la legislación sobre las cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario.–II.B. Control de transparencia y de contenido sobre las cláusulas que versan sobre elementos esenciales del contrato.–III. Control de contenido o de abusividad de la comisión de apertura. cambio de doctrina del Tribunal Supremo.–III.A. Análisis de la STS 44/2019, de 23 de enero de 2019. Validez de la comisión de apertura en el contrato de préstamo hipotecario.–III.B. Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 16 julio de 2020.–III.C. Análisis del TS de la STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020. Petición de decisión prejudicial (auto de 10 de septiembre de 2021).–III.D. STJUE (Sala Cuarta) de 16 de marzo de 2023.–III.E. Análisis de la STS 816/2023, de 29 de mayo. La comisión de apertura puede ser objeto de control de contenido (abusividad) aunque sea transparente.–IV. Conclusiones finales.–Bibliografía.–Jurisprudencia.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando parecía que la STS 44/2019 de 23 de enero² había zanjado la controversia en torno a la validez de la comisión de apertura en la medida en que, al tratarse de un componente o parte del precio del préstamo, quedaba –*ex* artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE– fuera del control de contenido una vez superado el de transparencia, su doctrina pasó a ser cuestionada tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020³, dando lugar a resoluciones divergentes de las audiencias provinciales.

² Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena. Roj. STS 44/2019, ECLI:ES:TS:2019:102

³ Asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19. ECLI:EU:CU: 2020:578. El Juzgado de Primera Instancia, núm. 17 de Palma de Mallorca, mediante Auto de 12 de marzo de 2019, planteó trece cuestiones prejudiciales al TJUE, relativas al análisis de la posible abusividad de la cláusula de la comisión de apertura. El TJUE resolvió de manera conjunta dichas cuestiones prejudiciales, además de otras planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Ceuta.

Ante la situación de inseguridad jurídica generada, el Alto Tribunal, aun manteniendo su posición de no abusividad de la controvertida cláusula, elevó cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo (auto de 10 de septiembre de 2021⁴) en petición de pronunciamiento sobre si los argumentos en los que fundamentaba la validez de la comisión de apertura eran o no contrarios a la interpretación de los artículos 3.1.º, y 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE⁵. Dichas cuestiones obtuvieron respuesta en STJUE (Sala Cuarta), de 16 de marzo de 2023, contradiciendo, en parte, la doctrina fijada por nuestro Alto Tribunal.

Para analizar las consecuencias derivadas de la reciente STJUE de 16 de marzo de 2023, ha sido preciso realizar un estudio doctrinal y jurisprudencial en torno a la interpretación de la normativa nacional y europea aplicable a la comisión de apertura en los contratos de préstamo. En concreto, la legislación que regula el control de transparencia y de contenido de las condiciones generales o cláusulas que versan sobre los elementos esenciales del contrato. Dado que el control de transparencia está conectado *ex art.* 4.2.º y 5 de la Directiva 93/13/CEE con el juicio de abusividad, criterio esencial para resolver la controversia.

Igualmente, ha sido importante analizar con exhaustividad los argumentos jurídicos sobre los que se fundamentó la STS 44/2019, de 23 de enero de 2019, para poder determinar si la comisión de apertura formaba parte de la estructura del precio del contrato de préstamo, quedando, en tal caso, fuera del juicio de abusividad de la Directiva 93/13/CEE. Asimismo, han sido objeto de estudio los fundamentos sobre los que se articulaba la cuestión prejudicial y en la que se anunciaba que la controversia suscitada por la STJUE de 16 de julio de 2020 pudiera ser fruto de una incorrecta interpretación de su doctrina, así como del uso de información sesgada sobre la regulación de la comisión de apertura en nuestra legislación nacional.

Para concluir el trabajo en torno a la validez de comisión de apertura examinamos las respuestas del TJUE en la sentencia de 16 de marzo de 2023 a las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS a través del auto de 10 de septiembre de 2021, donde resuelve que para determinar la validez de la comisión de apertura ésta tendrá que superar el control de transparencia y de contenido –juicio de abusividad– establecido en la Directiva 93/13/CEE, al no ser considerada componente del precio y, por tanto, objeto principal

⁴ Rec. Casación núm. 919/2019. Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Vela Torres. Roj. ATS 10856/2021.

⁵ *Vid.*, FERNÁNDEZ BENAVIDES, 2022, pp. 1-4.

del contrato de préstamo o crédito hipotecario. Así como la STS 816/2023, de 29 de mayo, de 2023⁶, el Alto Tribunal modifica la doctrina de la sentencia 44/2019, de 23 de enero, conforme a los criterios fijados por la STJUE y en virtud de la cual se establece que la comisión de apertura puede ser objeto de control de contenido según la Directiva 93/13/CEE, aunque no sea transparente, al no formar parte la comisión de apertura de los elementos esenciales del contrato. Si bien, como se observará en torno a la validez o invalidez de este tipo de cláusula no cabe una solución unívoca, puesto dependerá del examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada.

Ni que decir que el cambio de doctrina del TS va a tener una especial trascendencia jurídica y social, al no ser pocos los intereses en juego. Por un lado, para las entidades financieras, que ejerciendo dominio y hegemonía sobre los demás agentes socioeconómicos –incluso institucionales y políticos–, este pronunciamiento negativo le va a suponer un enorme perjuicio económico con reflejo directo en sus cuentas de resultados, tal y como ocurrió –y aún ocurre– con las numerosísimas declaraciones judiciales de nulidad de las cláusulas de gastos en contratos de préstamo, y las consecuentes devoluciones económicas derivadas de tal nulidad. Por otro lado, para los prestatarios/consumidores, considerados tradicionalmente la parte débil de la relación jurídica, cuyos intereses van a quedar más protegidos en el clausulado de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, ya que tendrán que quedar claramente perfilados los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previsto en ellas, así como el no solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato.

II. CONTROL DE TRANSPARENCIA Y DE CONTENIDO DE LAS CLAUSULAS QUE VERSAN SOBRE ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

II.A. CUESTIONES GENERALES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS PRÉSTAMO HIPOTECARIO

En materia de control de cláusulas abusivas en los contratos de préstamos hipotecarios concertados con consumidores, hemos asistido en los últimos años a cambios legislativos importantes que

⁶ STS 816/2023, de 29 de mayo, ECLI:ES:TS: 2023:816.

han tenido su consecuencia inmediata en las relaciones contractuales en el ámbito crediticio y en la protección del consumidor. Estos cambios traen causa, fundamentalmente, de las directivas europeas relativas a la protección de los consumidores y usuarios, así como de la doctrina jurisprudencial del TJUE y TS en el contexto crediticio.

La legislación nacional sobre la protección de los derechos del consumidor en materia de contratos toma como referencia la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993 (en adelante, Directiva 93/13/CEE) sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, transpuesta a nuestro Derecho interno por la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en la que se regularon de manera conjunta las condiciones generales y las cláusulas abusivas (en adelante, LCGC).

La citada Directiva marcó un antes y un después en lo que respecta al control de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores, definiendo la línea jurisprudencial tanto del TJUE como del TS y audiencias provinciales, no solo en la determinación de conceptos –consumidor, profesional, cláusulas abusivas, etc.– sino, también en la jurisprudencia comunitaria relativa a los contratos bancarios.

Con posterioridad a la Directiva 93/13/CEE se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLCU), por Real Decreto Legislativo 1/2007, que vino a derogar la Ley 26/1984 y a refundir en un texto único la normativa en materia de los derechos de consumidores y usuarios, adaptada a las directivas europeas⁷.

Otra norma comunitaria relacionada con la materia objeto de estudio es la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre Contratos de Créditos celebrados con los Consumidores para bienes inmuebles de uso residencial⁸ que, además de armonizar la normativa en contratos garantizados con una hipoteca, ha venido a establecer un nuevo sistema de contratación bancaria al que los profesionales del sector se deben someter. Su transposición se realizó con la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Créditos Inmobiliario (en adelante, LCCI)⁹, la cual tiene por objeto «establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes

⁷ Sobre las últimas reformas y para un estudio en profundidad véase *Comentario al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios* (Dir. CAÑIZARES LASO, A., y ZUMARQUERO GIL, L.), Tirant lo Blanch. 2022.

⁸ *Diario oficial de la UE* de 28 de febrero de 2014.

⁹ «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2019.

inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir (art. 1)¹⁰.

Con todo este marco normativo, podemos decir que en lo que respecta al control de las cláusulas abusivas en materia de préstamos hipotecarios celebrados con consumidores, en la actualidad, contamos con un escenario caracterizado por la protección de una de las partes del contrato, esto es la persona física que ostenta la condición de deudor, fiador o garante, quedando, en consecuencia, incluido en este ámbito protector el caso de las personas físicas que tengan el carácter de consumidoras¹¹.

Centrándonos en la regulación de las condiciones generales de contratación y en las cláusulas abusivas, conviene señalar que el artículo 1 de la LCGC establece que son condiciones generales de la contratación «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos». A su vez, el artículo 80 del TRLCU¹² utiliza la expresión cuando el contratante sea consumidor, «cláusulas no negociadas individualmente». Entendiendo por éstas, «cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión». (Directiva 93/13/CEE).

Teniendo en cuenta este contexto normativo, sobre condiciones generales de la contratación, podemos afirmar que los requisitos para ser condición general de contratación son los siguientes: con-

¹⁰ En los artículos 14 y 15 de la LCCI se regula el deber de transparencia material en el ámbito de la contratación de créditos inmobiliarios. Se establecen las normas sobre el cumplimiento del mismo, regulando, por un lado, la documentación que ha de entregarse al prestario y, por otro, la comprobación de que efectivamente se ha cumplido su fin fundamental, es decir que el contratante conozca la prestación que asume en virtud del contrato.

¹¹ Tal y como viene manifestando GÓMEZ AGUILERA, «La LCCI ha ampliado el ámbito subjetivo a todas las personas físicas, sean o no consumidoras. Para lo cual, se regulan unas específicas normas de protección, de carácter irrenunciable, en el Capítulo II, calificadas de *ius cogens*, constituyendo, por tanto, una excepción a la autonomía de la voluntad en el artículo “El control judicial de la existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución del contrato de préstamo hipotecario concertados con consumidores: análisis del estado actual de la cuestión”», *Revista de Derecho bancario y Bursátil*, 2021, p. 3.

¹² CAÑIZARES LASO afirma que «El artículo 89 TRLCU recoge precisamente los controles específicos que el legislador dispone para la validez de las condiciones generales, precepto que tiene su origen en el artículo 10 de la LCU 26/84. Para su interpretación habrá de tenerse en cuenta la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (art. 59.3 TRLCU), que, como sabemos, transpuso la Directiva 93/13 CEE, (...), así como a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI). Asimismo, y para la comprensión de la materia, con especial importancia debe acudirse tanto a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como a la derivada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», 2022, p. 1153.

tractualidad, predisposición, imposición y generalidad. Y, desde un punto de vista negativo, es irrelevante: a) la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y, b) que el adherente sea un profesional o consumidor¹³.

De sumo interés para nuestro estudio sobre la comisión de apertura, es lo que viene determinando el TS en relación al conocimiento y consentimiento de las condiciones generales¹⁴. En la Sentencia 649/2017, de 29 de noviembre, el Alto tribunal afirmó que: a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el adherente no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar; b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario¹⁵; c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios; d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de

¹³ De manera más explícita CARRASCO PERERA afirma que «A tenor del artículo 1 LCGC, son condiciones generales de la contratación aquellas cláusulas incorporadas a un contrato que reúnan las siguientes características», Primero, se tratará de cláusulas *predispuestas*, redactadas por el predisponente o por un tercero, y que hayan sido *incorporadas al contrato mediante* una decisión *impuesta* por una de las partes del contrato, sin que hayan sido *individualmente negociadas* por el adherente. Segundo, son cláusulas que han sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, aunque no es preciso que se trate de *todos* los contratos a celebrar por el predisponente. Tercero, una vez que estas circunstancias concurren, no importa cuál sea la apariencia externa, la extensión (*v. gr.*, un ticket de compra) u otras circunstancias añadidas. Cuarto, la determinación del carácter de condición general se realiza tomando en consideración *aisladamente* la cláusula de que se trate, sin importar que otras cláusulas o el resto del contrato se hayan negociado individualmente. Quinto, aunque una o varias cláusulas se hayan negociado individualmente, y no se trate de condiciones generales, *la Ley se aplicará* al resto del contrato, si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un *contrato de adhesión*, aunque existan cláusulas del mismo que hayan sido negociadas individualmente», en *Derecho de contratos*, 2020, pp. 851-852.

¹⁴ Sobre la distinción entre conocer, comprender, negociar y consentir y su análisis legislativo y jurisprudencial, *vid.*, CÁMARA LA PUENTE, *Revista Jurídica sobre consumidores*, 2021, pp. 27-32.

¹⁵ BASOZABAL ARRUE señala en relación a la formación de voluntad del adherente sobre las cláusulas que versan sobre el contenido esencial que «Esto no significa que haya tenido la oportunidad de negociarlo en sentido estricto; como se ha puesto de relieve, normalmente el contenido esencial estará tan impuesto como el resto del contrato, lo que ocurre es que el consumidor que opera en el contexto de un mercado libre tiene acceso a varias ofertas que puede comparar (en el caso del préstamo, gracias a TAE) para elegir finalmente la que mejor convenga a sus intereses. Para el consumidor, la competencia hace las veces de la negociación: si no le gusta una oferta, no la negocia, se va a la competencia...», 2015, pp. 426 y 427.

ofertas de contrato dirigidas por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario¹⁶.

Igualmente, es relevante la afirmación de que una cláusula que regula un elemento esencial del contrato, como el precio puede ser una condición general de la contratación¹⁷, tal y como ha determinado la STS de 29 de abril de 2015¹⁸: «Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 93/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la LCGC y el TRLCU.

Por su parte, la STS de 7 de abril de 2014¹⁹, estableció la posibilidad de que una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual. Para que exista negociación individual, como mínimo, ambas partes habrán de tener capacidad de influir en la configuración del contrato, aunque ello no signifique que efectivamente haya influido en la fijación de la cláusula. Desde esta perspectiva, la propia noción de negociación individual tiene difícil encaje en los contratos de consumo, en los que el consumidor no tiene capacidad para modificar el clausulado predispuesto que le ofrece el empresario. Como determinó la STS de 29 de abril de 2015, y reprodujo la STS de 14 de diciembre de 2017 «(...) la negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir diversos productos ofertados por ese predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. De no ser así, estaríamos confundiendo la ausencia de negociación con la existencia de una situación de monopolio en el oferente de determinados productos o servicios, o de una única oferta en el predisponente, lo que ya fue rechazado en la sentencia STS 241/2013, de 9 de mayo»²⁰.

¹⁶ Rec. 683/2015, de 29 de noviembre, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro J. Vela Torres. Roj. STS 4265:2017.

¹⁷ Sobre la consideración de las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato como condiciones generales, *vid.*, PALAU RAMÍREZ, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, pp. 3-6.

¹⁸ Ponente. Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, Rec. 1072/2013. ES:TS: 2015:2207.

¹⁹ Rec. 963/2012. Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. ECLI:TS: 2014:1702.

²⁰ Rec. 485/2012, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayón Cobos. STS 265/2013, de 22 de abril, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayón Cobos. ECLI:ES:TS: 2023:2753 el carácter impuesto de una cláusula o condición general preredactada no des-

Por otra parte, señalar que los controles de transparencia y abusividad solo proceden en contratos con consumidores. Sin embargo, la Exposición de Motivos de la LCGC afirma que «esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante (...), nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales». En el mismo sentido, la STS de 9 de mayo 2013²¹, al señalar de manera expresa que el control de abusividad no puede extenderse a las cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario, aunque recuerda que el control de incorporación se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza con independencia de que el adherente sea o no consumidor²².

Asimismo, y como vamos a tener ocasión de ver, el control de transparencia está conectado *ex artículo* 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE²³ con el juicio de abusividad, dado que la falta de transparencia puede traer consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente, por ejemplo, en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato²⁴.

parece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas conforme a las cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio. Cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que haya varios empresarios o profesionales que oferten los servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebran con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas. Así lo ha considerado también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores, por ejemplo, en materia de cláusula suelo (STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) o de hipoteca multidivisa (STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16).

²¹ Rec. 485/2012. Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayón Cobos. Roj. STS 196/2013. ECLI:ES:TS: 2013:1916.

²² Sobre el control de incorporación y la contratación predispuesta con empresarios (B2B), *vid.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2021, pp. 51-57.

²³ «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirán 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».

²⁴ Por ello autores como VELA TORRES consideran que esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en los que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor. Ni el legislador comunitario ni el español han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre el respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones,

II.B. CONTROL DE TRANSPARENCIA Y DE CONTENIDO SOBRE LAS CLÁUSULAS QUE VERSAN SOBRE ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

La normativa contempla un doble control sobre las cláusulas no negociadas individualmente o impuestas a los consumidores; de un lado, el control de incorporación o inclusión recogido en los artículos 5 y 7 de la LCGC (para los contratos con condiciones generales, reproducidos en el artículo 80 TRLCU) que incluye el de transparencia²⁵; y, por otro, el control de contenido o abusividad (impuesto para los contratos con consumidores por los artículos 80 ss. del TRLCU).

Si bien, sobre el control de transparencia que se aplica a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato, la doctrina jurisprudencial considera que no solo se trata de un control de claridad formal o gramatical (incorporación), sino que, además, el adherente pueda conocer tanto la carga económica del contrato —el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener—, como la carga jurídica del mismo, es decir, su posición jurídica en el contrato y los riesgos derivados del desarrollo del mismo²⁶.

Esta doctrina, conocida como de doble filtro, no trata de establecer si el consentimiento del adherente concreto está libre de error-vicio, o si ha mediado dolo por parte del empresario, sino la idoneidad de la cláusula impuesta para cumplir las exigencias de transparencia, de forma que el consumidor pueda adoptar su decisión después de haber sido informado correctamente²⁷.

para evitar situaciones de abuso contractual, *Responsabilidad Civil, Seguro y Tráfico, Cuaderno Jurídico*, 2020, pp. 15-17.

²⁵ *Vid.*, ARANGUREN URRIZA, 2015, p. 773. Y, VERDA Y BEAMONTE, 2019, <https://idibe.org/tribuna/control-transparencia-las-condiciones-generales-la-contratacion-estado-actual-la-cuestion/>

²⁶ ARANGUREN URRIZA señala que «se trata de una cuestión difícil, pues estamos refiriéndonos a condiciones generadas impuestas y no negociadas individualmente, mientras que el núcleo esencial del contrato habitualmente sí es objeto de negociación y es ello, precisamente, lo que justifica que se le excluya del control de contenido. De hecho, Alfaro, en nuestra doctrina considera que tales cláusulas no son condiciones generales. Sin embargo, lo cierto es que en el TRLDU se contiene reglas que se refieren al precio (art. 85, regla 3, apartados 2 y 10; art. 89, regla 3 y 5)», *op. cit.*, p. 777.

²⁷ MIRANDA SERRANO afirma que «La idea principal entre el control de transparencia formal y el material reside en que el primero garantiza solo la posibilidad de conocimiento de las condiciones generales y cláusulas predispuestas por los adherentes, mientras que el segundo va mucho más allá, al garantizar la comprensión y el conocimiento efectivos por parte de dichos sujetos, de las estipulaciones relativas a los elementos esenciales (o parte económica) de los contratos en los que participa», en «¿Hacia un errático control de abusividad de las cláusulas predispuestas relativas a los elementos esenciales de los contratos de consumo?», *La Ley*, mercantil, núm. 87, Sección consumo/doctrina, 2022, p. 6. Sobre la delimitación de la transparencia frente a los vicios del consentimiento *vid.*, MARTÍNEZ ESCRIBANO, *RDC*, 2019, pp. 361-397.

Así, por ejemplo, la STS (Sala Primera, Pleno) 171/2017, de 9 de marzo²⁸ –con cita de la STJUE de 26 de enero de 2017 caso Blanco Primus, C-421/14–, sobre el control de transparencia de la cláusula de interés remuneratorio, concluía: «si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y de la contraprestación, esto supone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia del consentimiento. Por eso, el control de transparencia, a la postre, supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquél le proporciona»²⁹.

Igualmente se ha pronunciado el citado órgano judicial, esta vez sobre la base de los artículos 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE y los artículos 60.1.º y 80.1.º TRLCU, en relación con las denominadas cláusulas suelo. La primera en que se fijó doctrina fue la sentencia de 9 de mayo de 2013, en la que se resolvió una acción colectiva de nulidad y cesación contra las cláusulas utilizadas por una serie de entidades, demandándose la declaración del carácter abusivo de las mismas por falta de reciprocidad. En la sentencia se declara que la cláusula suelo no es abusiva «per se», pero puede resultar abusiva y, por tanto, nula cuando en el caso de las impugnadas «carecen de la transparencia exigida en el artículo 80.1.º TRLCU, de manera que

²⁸ Rec. 223/2014, Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo. ES:TS: 2017:788.

²⁹ El TJUE ha abordado esta cuestión en las Sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, Caso Matei, y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, en las que se pone de manifiesto que no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato. Véase sobre el análisis jurisprudencial, VELA TORRES, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

no permiten al consumidor identificar la cláusula como definitoria del objeto del contrato y/o conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos»³⁰.

Sin embargo, en jurisprudencia reciente se aprecia un endurecimiento de fondo de la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia de 9 de mayo de 2013³¹, dando por bueno que toda cláusula suelo, por el hecho de serlo, es sospechosa de falta de transparencia, salvo prueba en contrario³². No obstante, es preciso manifestar que esta jurisprudencia iría en contra de la doctrina de TJUE sobre el control de transparencia y el juicio de abusividad o control de contenido, establecida en los asuntos C-655/20 Gómez del Moral Guasch y C-79, Unión de Créditos inmobiliarios, S.A.³³, en el contexto de dos litigios entre consumidores y entidades financieras en los que se habían suscrito préstamos hipotecarios con el índice de referencia IRPH³⁴. El Tribunal resuelve estos dos asuntos a través de dos autos de 17 de noviembre de 2021, considerando que las dos cuestiones prejudiciales por las que se le preguntaba (elevadas al Tribunal por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona y por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza; respectiva-

³⁰ Sobre ejemplos de cláusulas que no superan el control de transparencia y merecen reputarse no transparentes o sorprendentes (cláusulas suelo, multidivisa, cláusulas que acogen el índice IRPH), *vid.*, MIRANDA SERRANO, *op. cit.*, pp. 21-29.

³¹ GÓMEZ GÁLLIGO, considera «A juicio del Tribunal Supremo español el control de transparencia debe extenderse también a aquellos extremos del contrato que estén redactados con condiciones generales, aunque afecten al objeto principal del contrato. La doctrina del Tribunal Supremo español también va en esa línea, sentada fundamentalmente en las sentencias 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014. De dicha jurisprudencia se deduce que lo que incumbe al predisponente es un deber de asegurar la transparencia real de sus cláusulas y no efectuar un control de dicha transparencia, que compete a los órganos jurisdiccionales. En este sentido se puede compartir parte del análisis del documento con control de cambios», 2015, p. 705.

³² Por ejemplo, STS de 24 de enero de 2018, 483/2018, (ECLI:ES:TS: 2018/483). Ponente Excm. Sra. Dña. María Lourdes Arastey Sahun, se establece que pese a que la falta de transparencia no supone la abusividad de una cláusula, en el caso de las llamadas cláusulas suelo su falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado. Sobre la reciente jurisprudencia en las denominadas «cláusulas suelo», *vid.*, GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, p. 705, y SÁEZ DE JUBERA FIGUERO, *RDC*, 2019, pp. 235-265.

³³ *Diario Oficial de la UE* de 24 de enero de 2022.

³⁴ En estos autos el TJUE se pronuncia a favor de las entidades financieras concluyendo que el profesional no está obligado a incluir en el contrato de préstamo hipotecario la definición completa a entregar al consumidor, antes de la celebración del contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de este índice, porque la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial. Todo ello, siempre y cuando un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés, y de valorar así las consecuencias económicas de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

mente), no introducían nada novedoso en esta materia, pues se trataba de cuestiones sobre las que ya se había pronunciado con anterioridad –en concreto, la sentencia de 3 de marzo de 2020 en el asunto C-125/18 (*La Ley* 5090) Gómez del Moral Guasch³⁵, donde se vino a decir que el hecho de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible –no transparente– no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, sino que, corresponde al juez nacional examinar, a continuación, si esa cláusula es abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 CEE, siendo este segundo análisis o control de abusividad un examen autónomo y adicional al análisis de transparencia, y que consistirá en valorar dos circunstancias: 1) si las cláusulas causan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes; 2) si dicho desequilibrio se produce de forma contraria a las exigencias de la buena fe. De modo que, aun no siendo transparente una cláusula puede no ser abusiva, porque no cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, o porque dicho desequilibrio no sea contrario a las exigencias de la buena fe.

Esto mismo ha sido ratificado en las Directrices sobre interpretación y aplicación de la Directiva 93/13/CEE que publicó la Comisión Europea el 27 de septiembre de 2019³⁶, en las que se incide que el incumplimiento de las exigencias de transparencia puede ser un elemento de la evaluación posterior del carácter abusivo de una determinada cláusula contractual y puede ser un elemento indicativo de dicha abusividad, si bien, no determina automáticamente la abusividad, la cual viene siempre determinada por los parámetros anteriores relativos al equilibrio y a la buena fe (sección tercera).

La citada doctrina fue recogida por la STS 595/2020 sobre la cláusula con referencia al IRPH, de 12 de noviembre de 2020³⁷, al declarar que «en todo caso, que la cláusula no sea transparente no

³⁵ En el primer auto (asunto C-655/20, Gómez del Moral Guash), señala que: «en caso de que un órgano jurisdiccional nacional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses aplicables a un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, disposición con la que fundamentalmente se corresponde el requisito de transparencia contemplado en su artículo 5, le incumbe examinar si tal cláusula es “abusiva” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva». Y añade, en el apartado 37 que «de ello se deduce que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13». En el segundo auto –dictado en el asunto C-79/21, Unión de créditos inmobiliarios, S.A.– el TJUE ha respondido a una de las cuestiones que se le plantearon concluyendo que «el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que consideran que la falta de buena fe del profesional es requisito previo necesario para llevar a cabo cualquier control de contenido de una cláusula no transparente de un contrato celebrado con un consumidor».

³⁶ *Diario Oficial de la UE*, C 323, de 27 de septiembre de 2019, p. 4.

³⁷ Rec. 2328/2016. Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Vela Torres. ECLI:ES:TS: 2020:3613.

implica necesariamente que sea abusiva. Respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) se desprende del artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE, (...), que los controles de transparencia y abusividad son diferentes y el primero es presupuesto o antecedente del segundo». A partir de esta sentencia se han sucedido muchas otras en las que se aborda la consecuencia de la falta de transparencia de un elemento esencial del contrato que no es la nulidad por abusividad directa, sino que es necesario un control de contenido de la cláusula no transparente que determine su nulidad o no. Por tanto, el TS ha evolucionado en el sentido en el que lo ha hecho el TJUE³⁸, que, aunque en un inicio no se mostró a favor de un control de contenido de las cláusulas no transparentes, siempre se mostró favorable a una abusividad ponderada y no directa³⁹.

III. CONTROL DE CONTENIDO O DE ABUSIVIDAD DE LA COMISIÓN DE APERTURA. CAMBIO DE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

III.A. ANÁLISIS DE LA STS 44/2019, DE 23 DE ENERO DE 2019. VALIDEZ DE LA COMISIÓN DE APERTURA EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

La Sala de lo civil del TS (Pleno) el 23 de enero de 2019 dictó cinco sentencias (núm. 44; 46, 47, 48 y 49)⁴⁰ sobre el alcance de la

³⁸ SÁNCHEZ GARCÍA, «La Directiva 93/13 no preveía expresamente el control de transparencia de una forma autónoma, habiendo desarrollado el TJUE a través del principio del deber de información, para que la cláusula sea clara y comprensible, ese nuevo principio de transparencia, adquiriendo carta de categoría jurídica a través de la propia doctrina jurisprudencial del TJUE, mediante un proceso evolutivo y vertebrador de esos principios durante los últimos años, tanto del fundamento de buena fe, como del desequilibrio o cláusula desproporcionada, que ya conocíamos y desarrollando, no obstante, en toda su extensión el principio de transparencia, que lo ha incluido dentro del principio de buena fe, que desemboca su incumplimiento en la sanción de abusividad...», *Revista Derecho Vlex*, 2020, p. 4

³⁹ Sobre la evolución jurisprudencial del TJUE y el TS en relación a control de contenido de la cláusula no transparente *vid.*, CAÑIZARES LASO, *op. cit.*, pp. 1190. BUSTO LAGO, *Revista Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2020, pp. 1-13; SÁNCHEZ-VENTURA MORER, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2019, pp. 1-19. FERNÁNDEZ BRAVO Y RODRÍGUEZ CÁRCAMO sobre el tema señalan que «... lo que no parece admisible es que los tribunales, traten de otorgar al consumidor una protección mayor de la que la propia directiva les reconoce vulnerando el esquema de análisis de la abusividad que la norma establece como aplicable y que fue considerado por el legislador europeo como elemento esencial para alcanzar la finalidad armonizadora de la norma. En definitiva, la vulneración del esquema de análisis de la abusividad que prevé la directiva, el cual exige analizar la transparencia y la abusividad como elementos autónomos es independiente, pone en entredicho la propia finalidad armonizadora de la Directiva», <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2022/01/24/directiva-93-13-directiva-de-clausulas-opacas>.

⁴⁰ Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena. Roj. STS 44/2019, ECLI:ES:TS:2019:102; Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres. Roj. STS 101/2019, ECLI:ES:TS:

restitución de los gastos de formalización del préstamo hipotecario tras la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos y sobre la eventual abusividad de la comisión de apertura del préstamo hipotecario.

La relativa al caso que nos ocupa es la STS 44/2019. En ella, el TS fijó doctrina determinando que la comisión de apertura constituye precio del contrato y, en consecuencia, debía considerarse elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario, pues junto con el interés remuneratorio, son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. El Alto Tribunal consideró que no se trataba de la repercusión de un gasto, sino del cobro de una partida del precio que dicha entidad fija por sus servicios, además de que la normativa nacional que la configura como retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o tramitación del préstamo u otros similares, servicios siempre inherentes a la actividad del prestamista⁴¹.

Para comprender el fallo del Alto Tribunal es preciso detenerse en algunos de sus argumentos basados en los motivos casacionales alegados⁴². En primer lugar, consideró que no es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial⁴³, según la cual solamente

2019:101; Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres. Roj. STS 104/2019, ECLI:ES:TS:2019:104; Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres. Roj. STS 105/2019, ECLI:ES:TS:2019:105.

⁴¹ Sobre el análisis de la sentencia, entre otros, ZARAGOZA CANO y ANTONIETTY ADAME, *Actualidad Jurídica*, 2021, pp. 1-9. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, 2019, pp. 74-82. PANTALEÓN PRIETO, 2020, pp. 1-24.

⁴² Los cinco motivos que basaron el recurso de casación interpuesto por el banco se limitaron a cuestionar lo referente a la comisión de apertura de préstamo hipotecario y a los gastos de notaría, registro y gestoría. Los motivos son los siguientes: Primero: se alega infracción de los artículos 80.1.º y 82.1.º del TRLCU en relación con el artículo 4.2.º de la Directiva 93/13, con el artículo 60, apartados 1 y 2 del TRLCU (de conformidad con el art. 4, apartados 13 y 15, la parte B del Anexo H, apartado 3, secc. 4, de la Directiva 2014/17) y con la jurisprudencia del TS sobre la naturaleza y encuadramiento normativo de las cláusulas de un contrato de préstamo que afectan al conocimiento cabal y completo del precio total del crédito; Segundo: se alega infracción del artículo 80.1.º del TRLCU en relación con el artículo 4.2.º de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del TS sobre el control de transparencia sustantiva de las cláusulas referidas al precio del contrato, justificándose su admisión en la oposición de la doctrina jurisprudencial. Tercero: se alega la infracción de los artículos 87.5.º y 82.1.º, del TRLCU en relación a la jurisprudencia del TS sobre la imposibilidad de que los tribunales entren a controlar los precios de los contratos. Cuarto: se alega la infracción del artículo 89.3.º del TRLCU en relación con los aranceles de los notarios y de los registradores, pues se considera que la Audiencia contradice la jurisprudencia del TS sobre el tratamiento unitario de préstamo hipotecario, al determinar que ambas partes están interesadas en la obtención del préstamo y en su formalización.

⁴³ Aunque el recurso ante el TS versa sobre la cláusula de gastos y la comisión de apertura, señalar que de los hechos se desprende que se solicitaba la declaración de abusividad de varias cláusulas de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha de 13 de diciembre de 2005. En concreto, la nulidad de la cláusula que limitaba la varia-

el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del préstamo. Así, en la misma línea que la parte recurrente, el TS afirmó que la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo, al contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas esenciales 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.

En su posición jurídica el TS sostuvo que la tesis contraria nos llevaría al absurdo de que para que el banco pudiera cobrar estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir al cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy probablemente pertenecería a su mismo grupo societario. Además, señaló que como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia, manifestando que, uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), permitiendo al consumidor conocer cuánto será el coste efectivo del préstamo, y realizar una comparación con otras ofertas, en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo y estandarizado, a través del cual el consumidor prestatario podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial o económico que la concesión de préstamo le supondrá⁴⁴. Por ello que, tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual artículo 60.2.º TRLCU y, específicamente, en las fichas de infor-

ción a la baja del interés remuneratorio (cláusula suelo); de la cláusula que imponía al prestatario el pago de todos los gastos relacionados con el préstamo hipotecario (aranceles notariales y registrales, los impuestos y los gastos de gestoría), de la cláusula que establecía un interés de demora del 18,5% anual; y, finalmente, de la cláusula que establecía una comisión de apertura del 0,85%. El Juzgado de Primera Instancia, estimó en parte la demanda, declarando la nulidad de la cláusula suelo y la cláusula relativa al interés de demora. Sin embargo, desestimó la nulidad de la comisión de apertura, que consideró que formaba parte del precio. En apelación, y en lo que a nosotros nos interesa, la Audiencia Provincial declaró la nulidad de la cláusula de la comisión de apertura y condenó al banco a restituir a la prestataria la cantidad cobrada por este concepto.

⁴⁴ AGÜERO ORTIZ considera que «el argumento es hartamente cuestionable, pues en la TAE se incluye también el coste de los seguros vinculados e impuestos y nadie estaría dispuesto a sostener, por ello, que seguros e impuestos constituyeran precio del préstamo. Además, la causa de la concesión del préstamo y la comisión de apertura son distintas y, por ende, son retribuidas por sus respectivos precios», *Revista Jurídica sobre consumidores*, 2020, p. 11.

mación normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria⁴⁵.

Otros de los argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal que le llevaron a considerar que la comisión de apertura formaba parte del precio son la propia naturaleza del préstamo y las operaciones necesarias para la concesión del mismo, que muestran que la etapa inicial del contrato de préstamo exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades (preparación y concesión) que son de naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario mientras dura del préstamo⁴⁶, lo que justifica que la normativa relativa a esa 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, pues la Audiencia Provincial argumentó para declarar su abusividad que las actividades que se pretenden remunerar son actuaciones internas de la entidad bancaria, inherentes al negocio bancario, que no proporcionan servicio alguno al cliente, por lo que atendiendo al artículo 87.5.º del TRLCU sería abusiva dicha cláusula, dado que solo permite cobrar comisiones que no respondan a un gasto o servicio efectivamente prestado, que, según la Audiencia Provincial, en este caso no se produce.

Por otra parte, el TS señaló que la normativa existente sobre la comisión de apertura está destinada, precisamente, a asegurar su transparencia –agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la conce-

⁴⁵ Dentro de la normativa sectorial bancaria (anteriormente, la Orden de 5 de mayo de 1994 y actualmente la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios) que impone a las entidades bancarias unos deberes informativos tendentes a advertir al cliente la existencia de ciertas cláusulas., *vid.*, SÁEZ DE JUBERA HIGUERO, *Revista de Derecho Civil*, 2019, p. 238. SÁNCHEZ LERÍA, considera que «La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (...), configura el deber de información precontractual como uno de los instrumentos clave para la protección del prestatario, regulándolo de forma muy detallada y en todas las fases previas a la celebración del contrato, estas son, en la publicidad, durante la formación y justo antes de su otorgamiento. Precisamente, en el cumplimiento de este deber es donde se manifiesta otro, este es, el deber de “transparencia material”, regulado también en la norma, y que se proyecta sobre la información precontractual que ha de facilitarse al contratante», 2020, pp. 147.

⁴⁶ ALVAREZ ROYO-VILLANOVA señala que «la clave es, por tanto, que a pesar de su denominación como comisión no responde a una remuneración de una especial remuneración del prestamista que se pueda dar o no, sino a una forma de estructurar el precio del préstamo, pues se trata de una actividad que en todo caso es necesaria para conceder el préstamo o por decirlo de otra forma, todo préstamo implica dos tipos de costes para el banco: el de obtención y remuneración de los depósitos y el de la generación del préstamo individual. El precio que el banco le pone al préstamo tiene que cubrir esos costes y su beneficio. O al menos es libre mientras no le restrinja la libertad el legislador, que lo ha hecho en relación con los consumidores en relación con esas comisiones, prohibiendo las comisiones de estudio que en todo caso y conforme a las normas de transparencia citadas han de englobarse en la de apertura...», *op. cit.*, p. 77.

sión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existencia e inclusión en el cálculo de la TAE—. Si bien, dicha regulación, no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto. Es más, el hecho de que esas actuaciones iniciales sean inherentes a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo, no impide que ésta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo entre interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el artículo 87.5.º TRLCU. A más, sostuvo que la normativa que regula esta materia configura la comisión de apertura como aquélla que se devenga por actuaciones inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito⁴⁷, por lo que sería incompatible con esta previsión normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura porque con la misma se retribuyen actuaciones inherentes al negocio bancario, que no proporcionan al cliente servicio alguno distinto a la propia concesión del préstamo.

Autores como Álvarez Royo-Villanova consideraron acertada la posición del TS, pues se trataba de un elemento típico del coste de los préstamos que podemos encontrar en un porcentaje altísimo de los préstamos concedidos por las entidades de crédito a empresas y profesionales y que responden a una lógica económica, dado que la generación del préstamo produce una serie de gastos. Según estos autores, la doctrina del TS era coherente con la aprobación del Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre y la Ley 5/2019 de 15 de marzo (LCCI), en la que se recoge que el prestamista ha de pagar los gastos notariales, registrales, de gestión y tributarios del préstamo⁴⁸.

Teniendo en cuenta que para el TS la comisión de apertura formaba parte del precio, su consecuencia no podía ser otra que determinar que no era objeto de control de contenido cuando es transparente. Es más, teniendo en cuenta las anteriores premisas, la entidad bancaria no está obligada a probar en cada préstamo la realidad del coste del servicio prestado, ya que la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones, dado que no refiere la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio

⁴⁷ Así lo hacía la norma tercera, apartado 1-bis-1.º, de la circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción que le dio la circular 5/1994, de 22 de julio, y así lo hace la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 77.

cobrado a través de la prestación, sino que formaba parte del precio. Tanto es así que, para este Tribunal, y así lo sigue manteniendo, el principio de realidad del servicio remunerado no exige, en el caso de la comisión de apertura, nada distinto de la propia concesión del préstamo⁴⁹. Además de no poder exigirse a la entidad bancaria para justificar el cobro de esa parte del precio que tenga que probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones, ya que éstas no son prescindibles para el banco, al contrario, son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento. Al igual que tampoco es aceptable el argumento relativo a la falta de prueba de la proporcionalidad entre el importe de la comisión de apertura y el coste que para la entidad financiera supone la realización de las actuaciones iniciales de la concesión del préstamo, al considerar que la cuantificación del importe de la comisión de apertura forma parte de la fijación libre del precio de los servicios prestados por la entidad financiera y no la repercusión de un gasto⁵⁰.

En definitiva, TS entendió que exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es proporcionado al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, además de suponer un control de los precios, excluido por el artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE⁵¹, impediría la fijación de

⁴⁹ Cfr. La redacción del anexo II, apartado 4, de la Orden de 5 de mayo de 1994 y del apartado 1.bis-b de la reforma tercera de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre (RCL 1990, 1944), en la redacción dada por la Circular 5/1994, de 22 de julio, que distinguen entre la comisión de apertura (respecto de la que solamente se prevén, en los términos empleados por la última de las normas citadas, «que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo») y «las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos» (respecto de las que exige que «deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo»). Esta regulación ha pasado en estos términos, al artículo 5.2.b) de la vigente Ley 2/2009.

⁵⁰ PAGADOR LÓPEZ manifestó que «A mi juicio, no cabe pensar que el mero hecho de la falta de reproducción del artículo 4.2 de la Directiva en el TRLGDCU (...) permita la práctica de un control heterónomo de precios, y ello por varias razones: porque es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9 CE), además de muy difícil practicable (¿Cuál sería el criterio o parámetro de referencia para juzgar acerca del carácter abusivo de un precio?), y porque es dudosa su licitud en el sistema constitucional español, en el que la fijación de los precios se confía, como regla general, al mercado, lo que puede ser excepcionado mediante ley, pero no de forma general o indiscriminada (art. 38 CE), además de que falta una norma que lo prevea y permita de modo expreso», *Revista de los Derechos de los negocios*, 2013, pp. 11 y 12. En el mismo sentido, *vid.* SUAREZ PUGA, 2021, <https://almacenederecho.org/op-ed-la-reincidencia-del-legislador-en-el-control-de-abusividad-de-las-clausulas-predispuestas-referentes-a-elementos-principales-del-contrato>

⁵¹ Párrafo 21. «En tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido. No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque esta resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del artículo 4.2 de la Directiva 93/13. (...)».

su cuantía por anticipado, de modo que imposibilitaría que el cliente conozca tal importe antes de solicitar la concesión del préstamo, incumpliendo las exigencias ineludibles de las normas que regulan la transparencia en este tipo de operaciones. Por tanto, el TS consideró incorrecta la invocación que hacía la Audiencia a la incidencia negativa en el equilibrio prestacional por falta de prueba de la proporcionalidad entre el coste del servicio retribuido y el importe de la comisión de apertura que hace en la sentencia recurrida.

Es más, el citado órgano sostuvo que la comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo –como es el caso de la comisión de un riesgo, objeto de la citada sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2015–, sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los principales pagos que el prestatario ha de asumir por la concesión y disfrute del préstamo, entrando de lleno en la previsiones del artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE. Distinto es que algunas entidades financieras opten por no cobrar comisión, prefiriendo limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero ello no permite configurar como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo, pues dicho ejercicio entraría dentro de sus competencias en el libre mercado.

Por último, en relación al carácter transparente de la cláusula sobre la comisión apertura, el TS en *obiter dicta* afirmó que la comisión de apertura hubiera superado el examen de transparencia, pues «Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; 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 la redac-

ción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituyen un elemento esencial del contrato» (FD 5, apdo. 6)⁵².

III.B. SENTENCIA DEL TJUE (SALA CUARTA) DE 16 JULIO DE 2020

Como he manifestado, la STJUE de 16 de julio de 2020⁵³ puso en entredicho la doctrina del TS cuando dio respuesta a las preguntas que, en sus cuestiones prejudiciales, le fueron planteadas por los Juzgados de Primera Instancia de Mallorca y Ceuta, agrupadas en cuatro grandes categorías temáticas sobre la materia. En dicha resolución, por una parte, el TJUE falló en contra de los intereses de las entidades financieras, disponiendo la necesaria devolución de los gastos declarados abusivos y cobrados indebidamente a los prestatarios consumidores, salvo que la ley nacional previese lo contrario⁵⁴. Y, por otra parte, la sentencia abrió la posibilidad de declarar abusiva la controvertida comisión de apertura respecto de un contrato hipotecario firmado por Caixabank en el año 2000 y otro contraído con el BBVA en 2011, donde se determinó que los jueces nacionales sí eran competentes para declarar abusivas las cláusulas que contienen la comisión de apertura en cuya virtud se permite al banco cobrar a los clientes una porcentaje por la mera apertura del crédito, pero sin ofrecer la contraprestación de un servicio a cambio⁵⁵.

⁵² Sobre la comisión de apertura y transparencia, véase ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, *op. cit.*, pp. 79-80. ANCHÓN BRUÑEN considera que «En conclusión, según el Tribunal Supremo, la comisión de apertura forma parte del precio o contraprestación del préstamo, y es inconcebible que pase desapercibida al prestatario, que ha de pagarla al tiempo de la concesión del préstamo, por lo que siendo transparente no cabe apreciar su carácter abusivo, pues a los tribunales les está vedado el control de precios», *Diario La Ley*, 2020, p. 8.

⁵³ La STJUE de 16 de julio de 2020, también resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas respecto a la restitución de gastos de hipoteca, que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula imponga al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos. Sobre la citada sentencia, consultar RUIZ DE LARA, *Revista jurídica sobre consumidores*, 2020, pp. 59-71.

⁵⁴ Así, a excepción del impuesto de actos jurídicos documentados, los bancos deberían devolver los gastos derivados de las cláusulas que en su día fueron declaradas abusivas. Sobre el tema *vid.*, CASTILLO MARTÍNEZ, *AC*, 2020, pp. 5 y 6.

⁵⁵ ANCHÓN BRUÑEN, manifestó que «En un principio se dijo que esta sentencia suponía un triunfo para los consumidores y un varapalo para las entidades bancarias; no obstante, hay que ser cautelosos al respecto, pues el TJUE no ha sido lo todo concluyente que debiera, y en algunos aspectos la doctrina contenida en esta sentencia puede dar lugar a distintas interpretaciones. El TS ya se ha pronunciado en la sentencia 457/2020, de 24 de julio, 2020, Rec. 1053/2018, manifestando que, respecto de los gastos notariales, registra-

La decisión del TJUE se pronunció sobre las cuestiones prejudiciales relacionadas con el control de abusividad de la comisión de apertura: 1) Si es conforme con los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que impide el control de abusividad por comprender que la comisión de apertura es precio y si debe entenderse que esta comisión constituye una retribución accesoria. 2) Si es conforme con el artículo 3.1.º y 2.º de la Directiva 93/13/ CEE una jurisprudencia nacional que declara que las comisiones de apertura superan automáticamente el control de transparencia, y si ello comporta una inversión de la carga de la prueba. 3) Si puede invocarse el artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE cuando no ha sido transpuesto⁵⁶. 4) Si de conformidad con el artículo 3.1.º Directiva. 93/13/CEE debe considerarse que una comisión de apertura no negociada individualmente en la que el prestamista no pruebe que responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, causa desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, debiendo ser declarada nula por el juez nacional.

En respuesta a las preguntas relacionadas con la comisión de apertura el TJUE reiteró que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de objeto principal del contrato son aquellas que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. Sin embargo, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto, correspondiendo al juez nacional evaluar si la comisión de apertura es o no esencial (apdos. 62 y 63). Esto es, las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del contrato –entendiendo por tales las que describen las prestaciones esenciales del contrato y que como tales las caracterizan– o la adecuación entre precio y retribución por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida por otra, están comprendidas dentro del ámbito regulado por la Directiva, pero exentas del control de contenido o abusividad, siempre que se redacten de manera clara y comprensible, *ex* artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE⁵⁷.

les y el IAJD, no modificaba la jurisprudencia contenida en sus sentencias de 23 de enero de 2019 (sentencias 44, 46, 47, 48, y 49/2019)», *op. cit.*, p. 1.

⁵⁶ Sobre la invocación del artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE, a pesar de no estar transpuesto al Derecho interno, y un estudio sobre el mismo, véase MARTÍNEZ ESPÍN, *La Ley Unión Europea*, 2015, pp. 8-17. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *op. cit.*, pp. 365 y 366.

⁵⁷ TOMILLO URBINA en su análisis sobre la citada sentencia manifestó: «La razón para eludir tan espinosa cuestión es que, según entiende el tribunal, en el asunto que es objeto del litigio principal solo es posible limitar –con arreglo al artículo 4.2.º de la Directiva 93/13 CEE– el control del carácter abusivo de la cláusula que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura, en aquellos casos en que esta cláusula se refiera a) definición del objeto principal del contrato, b) a la adecuación entre precio y retribución, o c) a los

Ahora bien, como orientación al juez nacional, el TJUE indicó que no puede identificarse objeto principal ni precio con el concepto de coste total del crédito para el consumidor –como determinó el TS al comprender que esta cláusula era precio por estar integrada en la TAE–, y 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 este. Todo ello, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro esté obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4.º, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro⁵⁸.

En relación al control de transparencia sobre la comisión de apertura el TJUE determinó que, considerada o no esencial la cláusula, ésta ha de ser sometida siempre al control de transparencia (art. 4.2.º y 5, Dir. 93/13/CEE), quedando claro que no puede concluirse su carácter transparente automáticamente por el mero hecho de que se represente por un porcentaje. Si bien, el control de transparencia deberá tener en cuenta la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz⁵⁹.

En efecto, la exigencia de la transparencia de la cláusulas contractuales establecidas por la Directiva 93/13/CEE no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical, sino que la exigencia de transparencia ha de entenderse de manera expansiva, de modo que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de su cargo, para lo cual es fundamental que pueda disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. De tal forma que, en función de esa

bienes y servicios que se proporcionen como contrapartida, siempre que dichas cláusulas se redacte de manera clara y comprensible», *Revista Derecho patrimonial*, 2021, p. 10. En este sentido las sentencias de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc y otros*, C-186/16, EU:C: 2017:703, párrafos 35 y 36, y de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, EU:C: 2019:820, párrafo 32).

⁵⁸ Apartado 64. STJUE de 16 de julio de 2020. Sobre este aspecto TOMILLO URBINA afirma que «Por consiguiente, establece el TJUE que incumbe al juez nacional comprobar si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión y podrá valorar de manera informada el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato», *op. cit.*, p. 11.

⁵⁹ Apartado 68. STJUE de 16 de julio de 2020.

información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional⁶⁰. Estas consideraciones, tal y como señala Ruiz De Lara, imponen a la parte predisponente un deber de información precontractual, para que el consumidor medio razonablemente informado pueda comprender con carácter previo a la contratación de una condición general las consecuencias económicas de la aplicación de dicha cláusula⁶¹.

En tal sentido, el citado órgano sostuvo que el juez nacional tendrá que comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. Pudiendo, de este modo, el consumidor conocer los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión. De tal forma que atendiendo al artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE y el artículo 5 de ésta se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual una cláusula contractual se considera en sí misma transparente, sin que sea necesario llevar a cabo un examen como el descrito.

Otra de las cuestiones sobre las que se pronunció el citado órgano judicial fue el concepto de abusividad desde la perspectiva de los servicios efectivamente prestados como contraprestación, que conforme a las exigencias de la buena fe del artículo 3.1.º, de la Directiva 93/13/CEE 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. Y, en cuanto al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, declaró que este puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado,

⁶⁰ Apartado 70. STJUE de 16 julio de 2020.

⁶¹ RUIZ DE LARA señala que «El tribunal de Justicia de la Unión Europea destaca que la segunda categoría de cláusulas cuyo eventual carácter abusivo queda excluido de la apreciación tiene carácter reducido, ya que solo abarca la adecuación entre el precio o la retribución previstos y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, exclusión que se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación. Por tanto, las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que deben 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 adecua al servicio prestado a cambio por el prestamista» *op. cit.*, pp. 62 y 63.

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, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. Por tanto, para este Tribunal el artículo 3.1.º, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente⁶². Es más, del artículo 4.1.º, de la Directiva 93/13/CEE se desprende 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 dependa⁶³.

III.C. ANÁLISIS DEL TS DE LA STJUE (SALA CUARTA) DE 16 DE JULIO DE 2020. PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL (AUTO 10 DE SEPTIEMBRE DE 2021)

Como se puso de manifiesto al comienzo de este trabajo, el TS mediante auto de 10 de septiembre de 2021⁶⁴ acordó elevar cuestión prejudicial ante el TJUE, al considerar que la sentencia de 16

⁶² Apdos. 75 y 79, STJUE de 16 de julio de 2020. TOMILLO URBINA considera que «Las comprobaciones de los órganos jurisdiccionales pueden reorientar *sutilmente* el sentido de la jurisprudencia comunitaria en beneficio de las entidades de crédito. En este sentido, conviene recordar que la STS núm. 44/2019, de 23 de enero, entendió que la comisión de apertura retribuía servicios efectivamente prestados, complementarios –pero diferentes– de la remuneración del capital prestado a través del tipo de interés», en *op. cit.*, p. 14.

⁶³ CASTILLO MARTÍNEZ afirmó que «La resolución del TJUE resulta terminante al establecer que la imposición al consumidor de esta comisión de apertura le resulta perjudicial y es un acto contrario a la buena fe, a no ser que la entidad demuestre que se está prestando un servicio a cambio, aspecto que debe ser interpretado por el juez nacional, significando que la ley española ya disponía que por todo concepto cobrado debe prestarse un servicio. El TJUE puntualiza al respecto que cualquier cláusula que exima al profesional de demostrar que se han prestado estos servicios puede provocar un desequilibrio entre las partes, y, por tanto, los órganos judiciales tienen la competencia de declararlas nulas», en *op. cit.*, p. 4.

⁶⁴ Rec. Casación núm. 919/2019. Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Vela Torres. Roj. ATS 10856/2021, ECLI:ES:TS: 2021:10856A.

de julio de 2020 partía de una interpretación errónea e información sesgada proporcionada por el Juzgado de Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19), en lo referido a la normativa nacional sobre la comisión de apertura⁶⁵. En concreto, manifestó que se omitió la Orden Ministerial de 4 de mayo de 1994, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, que define la comisión de apertura como parte del gasto que el prestamista puede repercutir al prestatario como consecuencia de la actividad de la entidad bancaria para conceder el crédito⁶⁶. A su vez, reprochó al Juzgado de Palma de Mallorca que interpretó erróneamente su fallo sobre esta comisión, pues en la cuestión prejudicial que plantearon afirmaron que el TS daba por sentada la transparencia automática de la citada cláusula, aspecto que el Alto Tribunal negó en el auto de 10 de septiembre de 2021 indicando que las condiciones generales establecidas en su sentencia de 2019 eran parámetros para enjuiciar la transparencia⁶⁷.

Tanto es así que en el auto de la Sala de lo Civil del TS de 20 de enero de 2021 (núm. recurso 1964/2018)⁶⁸ por el que se inadmite a trámite un recurso de casación, el citado órgano vino a determinar que la sentencia dictada en segunda instancia, que declara la validez de la cláusula no se opone a la doctrina establecida respecto a la comisión de apertura y su exclusión del control de contenido fijada en su sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero de 2019. Por tanto, el TS mantuvo su posición de defender la no abusividad de la

⁶⁵ Sobre la cuestión prejudicial planteada por el TS mediante Auto de fecha 10 de septiembre de 2021, POUSA VELÁZQUEZ manifestó que «El Tribunal Supremo ha considerado necesario interponer esta reciente cuestión prejudicial para afianzar su posición como intérprete del Derecho y para de esta forma conseguir una mayor seguridad jurídica. Además, ha aprovechado para criticar de forma evidente el planteamiento que llevó a cabo el Juzgado de Primera Instancia, núm. 17 de Palma de Mallorca, entendiendo que, como ya se ha expuesto, elevaron una cuestión al TJUE malinterpretando la jurisprudencia del Alto tribunal y dando así una información errónea al órgano judicial comunitario. Continúa así el peregrinaje judicial de las distintas cláusulas bancarias, en este caso la comisión de apertura, para conseguir una armonización definitiva que permita a las entidades bancarias y a los consumidores operar con tranquilidad jurídica en el tráfico mercantil», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2021, p. 2.

⁶⁶ ZARAGOZA CANO, y ANTONIETTY ADAME, «El TJUE parte para pronunciarse de las cuestiones prejudiciales remitidas por el Órgano de origen que, como veremos, se trata de una interpretación sesgada de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la comisión de apertura, omitiendo la normativa y reglas completas aplicables a esta comisión», *op. cit.*, p. 4.

⁶⁷ El conocimiento general que los consumidores/prestatarios deben tener de esta cláusula, la propia comercialización de los préstamos hipotecarios por las entidades —ya incluye en el mensaje si hay o no este tipo de comisión—, el propio marco normativo que exige a la entidad bancaria a informar e incluso la exigencia de un análisis en la redacción de ésta y la ubicación de esta cláusula en el texto de la escritura pública de constitución del préstamo hipotecario.

⁶⁸ Ponente. Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spigelberg. ECLI:ES:TS: 2021:237A.

cláusula de la comisión de apertura, al considerar que la STJUE de 16 de julio no modificaba su análisis, rechazando volver a pronunciarse sobre una cuestión que consideraba lo suficientemente aclarada⁶⁹. Es más, consideró que la STJUE de 16 de julio de 2020 no desvirtuaba su papel de órgano unificador de doctrina de ahí que los órganos de instancia no pueden ni deben sustituir la doctrina jurisprudencial del TS, pues ello traería consigo un derecho nacional confuso y distorsionado, máxime cuando el TJUE todavía no había resuelto su petición de decisión prejudicial –auto 10 de septiembre de 2021–⁷⁰.

Estas manifestaciones fueron recogidas en algunas sentencias de las audiencias provinciales. Así, la SAP de Barcelona de 1 diciembre 2020 (sección 15.^a)⁷¹ señaló que «en el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE se ha omitido el segundo apartado del artículo 5 de la Ley 2/2009, el cual aporta un tratamiento singular a la comisión de apertura. La diferencia resulta relevante, según ya ha determinado la jurisprudencia de nuestro TS, pues aquello a lo que responde la comisión de apertura viene determinado por la propia normativa que la regula...». Además, se aprecia que se cumple el principio de realidad del servicio remunerado en el caso de la comisión de apertura, no existiendo desequilibrio y, ni mucho menos, este puede calificarse de desproporcionado. Y, tam-

⁶⁹ Y es que autores como FERNÁNDEZ BENAVIDES manifestaron que «la sentencia del TJUE no es del todo clara y puede dar lugar a interpretaciones diversas. La primera, lógicamente, pasa por entender que la posición mantenida por el TJUE es diametralmente opuesta a la sostenida por el TS, en la medida en que se aparta claramente de la visión conceptual de la comisión de apertura, afirmando que no necesariamente ha de formar parte del precio del préstamo y que, por tanto, es un elemento accesorio del contrato sujeto al control de contenido. Pero también es posible interpretar que la STJUE no descarta de plano que la comisión de apertura pueda entenderse integrada en el precio del préstamo, sino única y exclusivamente que pueda llegarse a dicha conclusión por el mero hecho de que la misma *esté incluida en el coste total*. Así, los demás argumentos esgrimidos por el TS, que iban mucho más allá de esa cuestión en particular, se mantendrán incólumes». Por todo ello, entiende que el TS se mantenga en su doctrina, teniendo en cuenta el principio esencial de libertad en la fijación de precios, en el marco de la economía de mercado (art. 38 de la CE). Todo ello, sin perjuicio de que deba exigirse que las cláusulas que regulan el precio del contrato sean claras y comprensibles, independientemente de que este aparezca desdoblado en una comisión de apertura y un interés remuneratorio», *op. cit.*, p. 5.

⁷⁰ En el mismo sentido ZARAGOZA CANO, y ANTONIETTY ADAME «Esto es, las consideraciones 78 y 79 de la sentencia del TJUE parte de una visión sesgada de la normativa aplicable de la comisión de apertura, por lo que el análisis de la abusividad de dicha comisión no ha de fundarse en una aplicación automática de la meritada Sentencia del TJUE, sino que ha de valorarse a la luz de la normativa realmente aplicable y de la jurisprudencia del órgano supremo de interpretación del derecho nacional, esto es, nuestro Tribunal Supremo», *op. cit.*, p. 5. En opinión contraria *Vid.* SÁNCHEZ GARCÍA, *Revista Derecho Vlex*, pp. 1 ss.

⁷¹ Rec. 423/2020. Ponente Excm. Sra. Dña. Berta Pellicer Ortiz. Roj. SAP-B 11451/2020, ECLI:ES:APB: 2020.

bién, la SAP de Madrid de 19 septiembre 2020 (sección 28.^a)⁷², en la que efectuando un análisis de la validez de la cláusula de la comisión de apertura en aplicación de los controles de transparencia y abusividad, nos recuerda que dicha comisión, como concepto normativo, ha de ser interpretada de conformidad con la doctrina del TS, el cual actúa como órgano unificador de doctrina (*ex art. 1.6 del CC*). Además de que la función unificadora no queda desvirtuada por el papel del TJUE consistente en la interpretación del derecho comunitario, pero no del derecho nacional, competencia evidentemente reservada a los tribunales nacionales.

No obstante, no todas las audiencias provinciales se pronunciaron en el mismo sentido. Unas, siguiendo la doctrina TS, consideraron que la comisión de apertura es parte del precio y que por sus características no puede exigirse a la entidad bancaria que justifique el servicio o actividad como contrapartida. En cambio, otras, tomado como referencia la STJUE de 16 de julio de 2020, resolvieron en sentido contrario. Así, a modo de ejemplo de estas últimas, encontramos las SSAP Almería (sección 1.^a) 960/2020 de 15 de diciembre⁷³ y 21/2021 de 15 de enero de 2021⁷⁴; y, entre las primeras –criterio recogido en la STS 44/2019, de 23 de enero de 2019– destacamos las siguientes: SAP Madrid 437/2020 de 18 de septiembre (sección núm.28)⁷⁵; 1093/2021 de 4 de mayo de 2021 (sección núm. 28)⁷⁶; 1140/2021 de 6 de mayo de 2021 (sección núm. 28)⁷⁷; SAP Barcelona 2548/2020, de 1 de diciembre

⁷² Rec. 10684/2019. Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat. ECLI:ES:TS: 2020:2021

⁷³ Ponente Ilmo. Sr. D. Salvador Calero García. JUR2021/329339, «a) La Comisión de apertura.

En este tribunal se venía aplicando el criterio recogido en la sentencia del Tribunal Supremo 44/2019, civil sección 1 del 23 de enero de 2019 que declaraba la validez de esta cláusula (...).

Sin embargo, con posterioridad ha recaído STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020 en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 y en Pleno de este Tribunal se ha acordado seguir el criterio en ella fijado...».

⁷⁴ Ponente Ilmo. Sr. D. Salvador Calero García. JUR 2021/330446. «En este tribunal se venía aplicando el criterio recogido en la sentencia del TS 44/2019, civil sección 1 del 23 de enero de 2019 la validez de la cláusula: (...). Sin embargo, con posterioridad ha recaído STJUE (sala cuarta) de 16 de julio de 2020 en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 en Pleno de este Tribunal se ha acordado seguir el criterio en ella fijado...».

⁷⁵ Ponente. Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González. JUR 2020/316538 «(...) II. La comisión de apertura como concepto normativo que debe ser interpretado de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En definitiva, el Tribunal Supremo es un órgano unificador de doctrina (...). Y este papel no resulta desvirtuado por la función que a su vez tiene atribuida el TJUE, que no es la interpretación del Derecho nacional...».

⁷⁶ Ponente. Ilma. Sra. Dña. María Isabel Ochoa Vidaur. JUR 2021/316626.

⁷⁷ Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Peñas Gil. JUR 2021/339928 «Cuarto. En lo concerniente a la comisión de apertura la sentencia de 18 de septiembre de 2020 de esta sección de la Audiencia Provincial establece que: «i. la comisión de apertura como concepto normativo (...).».

de 2020⁷⁸; SAP Sevilla 177/2021 de 5 de abril de 2021, (sección 5.ª)⁷⁹; SAP Córdoba 565/2021 de 18 de mayo (sección 1.ª)⁸⁰.

III.D. STJUE (SALA CUARTA) DE 16 DE MARZO DE 2023

Como se dijo, el TS mostró su malestar al transmitirse al TJUE una imagen distorsionada de la normativa interna atinente a la comisión de apertura y una información sesgada de la doctrina derivada de la sentencia n.º 44/2019, de 23 de enero. Consecuencia de ello, realizó una petición de decisión prejudicial al TJUE (auto de 10 de septiembre de 2021), en la que planteó tres cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los artículos 3. 1.º, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, en relación a la doctrina fijada en torno a la no abusividad de la comisión de apertura. Petición que obtuvo respuesta en la STJUE (Sala Cuarta) de 16 de marzo de 2023. (asunto C-565/2021), y que, como vamos a tener la oportunidad de analizar, consideró que la comisión de apertura no forma parte de la estructura del precio del contrato de préstamo o crédito hipotecario quedando sometida al control de contenido, y confiando a los órganos judiciales nacionales la determinación de la abusividad.

En relación a la primera cuestión prejudicial⁸¹, el TJUE consideró que debía referirse únicamente a la interpretación del artículo 4.2.º de la Directiva 93/13 CEE, pues a su entender el órgano jurisdiccional remitente, solo quería que clarificase si podía considerarse que la cláusula controvertida quedaba fuera del mecanismo de control de cláusulas abusivas que preceptúan los artículos 3.1.º

⁷⁸ Ponente. Ilma. Sra. Dña. Berta Pellicer Ortiz. AC 2020\1617 (ECLI:ES:APB:2020:1617) Respalda la validez de la comisión de apertura al precisar qué servicios compensa. Entiende que dichos servicios vienen impuestos por las normas sobre solvencia bancaria o por las que protegen al deudor frente al sobreendeudamiento. Asimismo, considera que no puede entenderse abusiva por compensar servicios inherentes a la actividad o al propio negocio bancario, dado que dicho argumento justificaría la ilicitud de todo tipo de comisiones bancarias, además de no encuadrarse en ninguno de los preceptos de la LGDCU que regulan la nulidad de dichos clausulados.

⁷⁹ Ponente Ilmo. Sr. D. José Herrera Tagua. JUR 2021\32922.

⁸⁰ Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Roque Villamor Montoro. JUR 2021\268939.

⁸¹ ¿Se opone a los artículos 3.1.º, 4 y 5 de la Directiva 93/13/ CEE una jurisprudencia nacional que a la vista de la regulación específica de la comisión de apertura del derecho nacional 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, considera que la cláusula que establece tal comisión 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 4, por entender que la comisión de apertura constituye una de las partidas principales del precio y, en consecuencia, un elemento esencial del contrato.

Sobre este aspecto, el TJUE mantuvo su interpretación sobre artículo 4.2.º en el sentido de que las cláusulas no se referirán a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, siempre que dicha cláusula se redacte de manera clara y comprensible⁸². De tal forma que debe entenderse que las cláusulas del contrato incluidas en el concepto objeto principal del contrato, a efectos del artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE, son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte de ese concepto⁸³. Precizando respecto de los contratos de crédito que en un contrato de crédito, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este, por su parte, se compromete principalmente a reembolsar, por regla general con intereses, esa cantidad en los plazos previstos, y que como señaló en la sentencia de 16 de julio de 2020 una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un contrato de préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este.

También el TJUE recordó que el artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE fija una excepción al mecanismo de control de fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores, por lo que esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta. Lo que conduce a que no puede considerarse que la obligación de retribuir los mencionados servicios forme parte de los compromisos principales que resultan del contrato de crédito, es decir, por un lado, la puesta a disposición de una cantidad de dinero por parte del prestamista y, por otro, el reembolso de esa cantidad, por regla general con intereses, en los plazos previstos. En efecto, resultaría contrario a dicha obligación de interpretación estricta incluir en el concepto de objeto principal del contrato, todas las prestaciones que simplemente están relacionadas con el propio objeto principal y que, por ello, son de carácter accesorio⁸⁴.

⁸² Apartado 15.

⁸³ Apartado 17.

⁸⁴ Apartados 21 y 23.

Por tanto, en relación a la primera cuestión prejudicial el TJUE concluyó que el artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del objeto principal del contrato a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio⁸⁵.

Sobre la segunda de las cuestiones planteadas referida a la valoración del carácter claro y comprensible de una cláusula que, como la controvertida en el litigio principal, establece una comisión de apertura⁸⁶, el TJUE se reafirmó en lo manifestado en la primera de las cuestiones prejudiciales, en el sentido de que la comisión de apertura no forma parte del objeto principal del contrato, a efectos de esta disposición y que, por tanto, ha de entenderse que el último elemento que el tribunal remitente menciona en esta segunda cuestión prejudicial se refiere a la circunstancia de que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula que establece la comisión de apertura permitan apreciar que esta constituye un elemento importante del contrato de préstamo o crédito hipotecario, puesto que la calificación de elemento esencial queda reservada a los elementos que forman parte del objeto principal del contrato⁸⁷.

Una vez precisado lo anterior, y reformulada la pregunta, el TJUE entiende que en realidad el TS tiene interés en evaluar la comisión de apertura a la vista del artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE. Por ello, sostiene que el precepto debe ser interpretado de manera extensiva, alcanzando a la comprensión gramatical y a las consecuencias económicas derivadas de la estipulación, toda vez que el

⁸⁵ Este pronunciamiento del TJUE viene a coincidir con la opinión AGÜERO ORTIZ, «la comisión de apertura no puede constituir un elemento esencial del contrato pues, en tal caso, su inexistencia comportaría bien la nulidad del contrato de préstamo, bien la calificación del mismo como gratuito. A más, el hecho de que pueda cobrarse o no esta comisión, manteniendo el préstamo su causa y esencia onerosa, determina su carácter accesorio», *op. cit.*, pp. 19 y 20.

⁸⁶ ¿Se opone al artículo 4.2.º de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula que regula el elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario toma 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?

⁸⁷ Apartados 26 y 27.

sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional. Dicho de otra manera, la exigencia de la transparencia en la comisión de apertura debe entenderse en el sentido de que no solo impone que la cláusula en cuestión sea comprensible en un plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de evaluar las consecuencias que se derivan de ella, atendiendo a criterios precisos e inteligibles. Ahora bien, esto no quiere decir que el prestamista esté obligado a precisar en el contrato de que se trate la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales, sino que, habida cuenta de la protección que pretende conceder al consumidor es necesario que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además de que el consumidor pueda comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que estos retribuyen⁸⁸. Asimismo, manifestó que es doctrina asentada que el carácter claro y comprensible de la comisión de apertura debe ser examinado por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los aspectos de hechos pertinentes –que comprende la publicidad y la información ofrecida en el contexto de la negociación–, atendiendo al célebre estándar consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz⁸⁹. A más, insistió que ha declarado en reiteradas ocasiones que no le corresponde pronunciarse en un procedimiento prejudicial sobre la interpretación de las disposiciones nacionales ni juzgar si la interpretación que hace de ellas el órgano jurisdiccional nacional es correcta, ya que tal interpretación es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales nacionales⁹⁰. Por ello, acepta la información aportada por el TS, según la cual en virtud de la jurisprudencia nacional pertinente no se considera que una cláusula contractual que establece una comisión de apertura cumpla automáticamente la exigencia que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE.

En cuanto a la notoriedad de tales cláusulas, como elemento a tener en cuenta en la valoración del carácter claro y comprensible

⁸⁸ Apartados 30, 31 y 32.

⁸⁹ LÓPEZ JIMÉNEZ, *Diario La Ley*, 2023, p. 6.

⁹⁰ Apartados 33 y 37.

de tal cláusula, señala el TJUE que la notoriedad de tales cláusulas es un elemento que pueda tomarse en consideración aun así coloca en pie de igualdad la información obligatoria que la entidad financiera deba dar al potencial prestatario de acuerdo a la normativa nacional, y la información dada por dicha entidad al prestatario en el contexto de la negociación de un contrato sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración de dicho contrato⁹¹.

Y para finalizar con esta segunda cuestión prejudicial, el TJUE afirmó que independientemente de que la ubicación y estructura de la comisión de apertura permitan constatar si constituye un elemento importante del contrato a través de los cuales permitan al prestatario evaluar las consecuencias económicas, el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que, para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que se retribuyen⁹².

En lo relativo a la tercera cuestión prejudicial⁹³ el TJUE, afirma que una cláusula regulada como la comisión de apertura no parece que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas o que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo. Aun así, puntualiza que sería contraria al artículo 3.1.º de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional de

⁹¹ Apartado 42.

⁹² Apartados 43-45.

⁹³ ¿Se opone al artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13 CEE, 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 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?

la que se desprendiera que no cabe en ningún caso considerar abusiva una cláusula que establezca una comisión de apertura 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, pues en tal caso limitaría la facultad de los tribunales nacionales de llevar a cabo, de oficio, el examen, de acuerdo con esa disposición, de la potencial abusividad de las cláusulas en cuestión y, por consiguiente, no garantizaría un efecto pleno de los preceptos establecidos en el citado instrumento internacional.

Por tanto y en respuesta a esta última cuestión prejudicial el TJUE sostiene que: «El artículo 3 apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse que no se opone a una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, puede, en su caso, no causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante, entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, con la condición de que la posible existencia de dicho desequilibrio sea objeto de un control por el juez competente de conformidad con los criterios emanados de la jurisprudencia del tribunal de justicia»⁹⁴.

III.E. ANÁLISIS DE LA STS 816/2023, DE 29 DE MAYO. LA COMISIÓN DE APERTURA PUEDE SER OBJETO DE CONTROL DE CONTENIDO (ABUSIVIDAD) AUNQUE SEA TRANSPARENTE

El TS (Sala Primera) en la sentencia 816/2023, de 29 de mayo de 2023⁹⁵, modifica la doctrina de la sentencia 44/2019, de 23 de enero, conforme a los criterios fijados en la STJUE de 16 de marzo de 2023 y en virtud de la cual se establece que la comisión de apertura puede ser objeto de control de contenido según la Directiva 93/13/CEE, aunque no sea transparente, al no formar parte la comisión de apertura de los elementos esenciales del contrato. Si bien, advierte de manera expresa que sobre la validez o invalidez de este tipo de cláusula no cabe una solución unívoca, puesto que

⁹⁴ Apartado 46.

⁹⁵ STS 816/2023, de 29 de mayo, ECLI:ES:TS: 2023:816.

dependerá del examen individualizado de cada caso, en cumplimiento de los criterios fijados por el citado tribunal.

Esta STS 816/2023, de 29 de mayo, resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia que confirmó la nulidad de una cláusula sobre comisión de apertura incluida en un contrato de crédito con garantía hipotecaria⁹⁶. La sentencia de Primera Instancia estimó la demanda declarando la nulidad, entre otras, de las cláusulas de gastos y comisión de apertura y condenando a la entidad prestamista a pagar al demandante las cantidades abonadas en tales conceptos⁹⁷. La entidad financiera recurrió en apelación y la Audiencia Provincial confirmó la declaración de nulidad, por considerar que la atribución del pago de los gastos al consumidor era abusiva y porque la entidad prestamista no había justificado que el cobro de la comisión de apertura se correspondiera con la prestación de algún servicio efectivo⁹⁸.

El TS en su actividad casacional realizan el control de abusividad de la cláusula de la comisión de apertura conforme a los criterios fijados por el TJUE en la sentencia 16 de marzo de 2023⁹⁹. En el caso enjuiciado, aprecia que: 1) Se cumplió con lo previsto en el apartado 4.1.º del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994 –vigente en el momento de la celebración de contrato–; 2) La naturaleza de los servicios prestados en contrapartida de la comisión era fácilmente comprensible para el consumidor –figuraba claramente en la escritura pública, individualizada y resaltada como un pago único e inicial–; 3) La carga económica era conocida, coste predeterminado e indicado numéricamente e incluido como uno de los conceptos integrantes de la TAE, además de que el prestatario

⁹⁶ No olvidemos que la sentencia del TS es consecuencia de petición de decisión prejudicial que se formuló por auto de 10 de septiembre 2021 y que dio lugar a la STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21).

⁹⁷ «... Juzgado de Primera instancia e Instrucción de número 3 de Mahón dictó sentencia núm. 197/2018, de 27 de junio (...): 2. Condenar a la parte demandada a devolver a la parte actora la cantidad de 845€ cobrados en concepto de comisión de primera disposición, más los intereses devengados desde la fecha de presentación de la demanda» (antecedentes de hecho, Primero, apartado 4).

⁹⁸ La sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (...), dictó sentencia en fecha 27 de diciembre de 2018 (...), cuya parte dispositiva establece: «1.º Desestimar el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales (...), en representación de CaixaBank, S.A., contra la sentencia de fecha de 27 de junio de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mao, en los autos de Juicio Ordinario núm. 210/2018...».

⁹⁹ La STS de 816/2023, de 29 de mayo, recoge cuáles son los elementos que según el TJUE debe comprobar el juez nacional para concluir que la cláusula que establece la comisión de apertura de un préstamo o crédito hipotecario es clara y comprensible, en cuanto a sus consecuencias jurídicas y económicas, como requisito previo de transparencia para su licitud, los diversos instrumentos de comprobación, y los criterios para determinar la posible abusividad (en el FD séptimo, apartados 2, 3, 4).

tuvo conocimiento de su cobro en la misma fecha¹⁰⁰; 4) No existió solapamiento de comisiones por este mismo concepto –estudio y concesión del préstamo–. El resto de comisiones corresponden a otros servicios claramente diferenciados. 5) Tampoco considera desproporcionado el importe cobrado –0,65%– del capital prestado, teniendo en cuenta las estadísticas del coste medio de las comisiones de apertura en España. Todo ello le permite concluir, en este caso, que la cláusula sobre la comisión de apertura es válida al ser transparente y no abusiva, pues la Audiencia Provincial basó su decisión únicamente en que no justificó en qué consistieron los servicios retribuidos, requisito de validez que, según el TS, fue descartado por el TJUE¹⁰¹.

El análisis de STS 816/2023, de 29 de mayo, permite concluir que el TS cambia su doctrina en cuanto al sometimiento a juicio de abusividad a la cláusula sobre la comisión de apertura, aunque sea transparente, al aceptar que se trata de una cláusula accesoría definitiva del contrato de préstamo o crédito hipotecario y no elemento esencial del mismo. Sin embargo, ello no quiere decir que la comisión de apertura sea abusiva sino todo lo contrario, la nulidad de la misma habrá que determinarla tras un análisis individualizado de cada caso y con la aplicación de los criterios de la STJUE de 16 de marzo de 2023. Evidenciando la inexistencia de una respuesta unívoca y provocando, en mi opinión, un futuro incremento de litigios para satisfacción de los abogados y sus clientes/consumidores y, por contrario, un malestar tanto para las entidades de crédito por la inseguridad jurídica a la que quedan sometidas sus operaciones financieras, como para los tribunales de justicia al vislumbrar el volumen de casos sin dotación de medios suficientes para hacer frente a ellos.

IV. CONCLUSIONES FINALES

I. No hay duda sobre la validez de la cláusula sobre la comisión de apertura. Sin embargo, tras STJUE de 16 de marzo de 2023 queda sometida a juicio de abusividad, al no ser parte del precio –elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario–,

¹⁰⁰ «a) Comisión de apertura: sobre la primera disposición a calcular sobre el importe de la misma y a satisfacer en este acto, que asciende a la cantidad de ochocientos cuarenta y cinco euros (845,00 €)...».

¹⁰¹ Consecuencias casacionales de la aplicación de la doctrina del TJUE aplicación al caso. (FD octavo, apartados 1-8).

sino cláusula accesoria definitiva del mismo, contraviniendo la doctrina fijada en STS 44/2019, de 23 de enero de 2019.

II. La cláusula sobre comisión de apertura puede ser declarada abusiva si no cumple con los parámetros de transparencia –que sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical y pueda evaluar mediante criterios precisos e inteligibles las consecuencias de la misma–, y pueda demostrarse que su destino consiste en remunerar los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario.

III. Son los tribunales de justicia nacionales los que van a tener que dilucidar, caso por caso, y tras el correspondiente juicio de abusividad, si la comisión de apertura es contrapartida de los servicios prestados por la entidad crédito por el estudio, diseño y tramitación singularizada del préstamo o crédito hipotecario, además de verificar el no solapamiento con otros gastos previstos en el contrato, como los derivados de la concesión y puesta disposición del dinero –interés remuneratorio–.

IV. El TS modifica su doctrina en la sentencia de 20 de mayo de 2023 adaptándose a los criterios de la STJUE de 16 de marzo de 2023 en el sentido de que, al no formar parte la comisión de apertura de los elementos esenciales del contrato en los términos del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, puede ser objeto de control de contenido –juicio de abusividad– aunque sea transparente. No obstante, advierte de que no cabe una solución unívoca sobre la validez o la invalidez, sino que dependerá de examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada.

V. La STS de 20 mayo de 2023, tendrá su repercusión en las operaciones crediticias, pues las entidades financieras tendrán que sopesar si mantener la comisión de apertura especificando en la información previa contractual los conceptos y el no solapamiento entre los distintos gastos y los servicios que se retribuyen, para que el consumidor pueda evaluar las consecuencias económicas del contrato, o salvar la inseguridad jurídica a la que quedan sometidos eliminando la cláusula sobre comisión de apertura con elevación de los intereses remuneratorios.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV: *Vivienda, préstamo y ejecución* (Dir. Espejo Lerdo De Tejada, Manuel, y Murga Fernández, Juan Pablo y coords. Fernández Scagliusi, María de los Ángeles, Tomás Tomás, Salvador), Aranzadi, 2015.
- *Estudios sobre la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* (Dir. Aranguren Urriza, Francisco José; Pretel Serrano, Juan José; Lerdo de Tejada, Manuel, Capilla Roncero, Francisco, coord. Murga Fernández, Juan Pablo, y Hornero Méndez, Cesar), Reus, 2020.
- *Comentario al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios* (Dir. Cañizares Laso, Ana y Zumaquero Gil, Laura), Tirant lo Blanch, 2022.
- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «STJUE de 16 de julio de 2020: procede restituir íntegramente los gastos de formalización del Préstamo hipotecario y declarar la abusividad de la comisión de apertura», *Revista Jurídica sobre consumidores*, 2020, pp. 7-32.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo Luis: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (44/2019)», [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-3](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-3)
- ACHÓN BRUÑÉN, María José: «Qué ha cambiado tras la Sentencia TJUE de 16 de julio de 2020: gastos hipotecarios, comisión de apertura, prescripción de la acción y costas», *Diario La Ley*, núm. 9700, Sección Dossier, 21 de septiembre de 2020 (*La Ley* 10771/2020), pp. 1-26.
- ARANGUREN URRIZA, Francisco José: «Control notarial de legalidad en los préstamos hipotecarios», en *Vivienda, préstamo y ejecución* (Dir. Espejo Lerdo De Tejada, Manuel, y Murga Fernández, Juan Pablo, y Coords. Fernández Scagliusi, María de los Ángeles, Tomás Tomás, Salvador), Aranzadi, 2015, pp. 741-793.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier: «Límites imperativos en materia de condiciones financieras del préstamo», en *Vivienda, préstamo y ejecución* (Dir. Espejo Lerdo De Tejada, Manuel, y Murga Fernández, Juan Pablo., y Coords. Fernández Scagliusi, María de los Ángeles, Tomás Tomás, Salvador), Aranzadi, 2015, pp. 425-469.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Control de transparencia de cláusula de fijación de un tipo de interés mínimo en préstamo hipotecario a interés variable: suficiencia de la información precontractual e incompatibilidad de la transparencia con la abusividad. Comentario a la STS 9/2020, de 8 de enero (RJ 2019/5390)», *Revistas Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 114/2020.
- CÁMARA LA PUENTE, Sergio: «Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes», *Revista Jurídica sobre consumidores*, núm. Especial, 2021, pp. 26-44.
- CAÑIZARES LASO, Ana: «Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios* (Dir. Cañizares Laso, A., y Zumaquero Gil, Laura), Tomo I, ed. Tirant lo blanch, 2022, pp. 1153-1170.
- «Artículo 82. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente», en *Comentario al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios* (Dir. Cañizares Laso, Ana, y Zumaquero Gil, Laura), Tomo I, ed. Tirant lo blanch, 2022, p. 1177-1194.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, Aranzadi, 2020.

- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Distribución de gastos hipotecarios, comisión de apertura, plazos de prescripción de la acción restitutoria e imposición de costas judiciales. La STJUE de 16 de julio de 2020 y su incidencia en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo», *Actualidad civil*, núm.º 11, Sección Derechos reales e hipotecario/ A fondo, 2020, La Ley (14079/2020), pp. 1-23.
- FERNÁNDEZ BENAVIDES, Miguel: «Comisión de apertura: The show must go on (sobre la STJUE de 16 de julio de 2020)», *Hay Derecho*, 22 de julio de 2020, <https://www.hayderecho.com/author/miguel-fernandez-benavides/>, pp. 1-7.
- FERNÁNDEZ BRAVO GONZALO y RODRÍGUEZ CÁRCAMO, Juan: «Directiva 93/13: ¿Directiva de cláusulas opacas?», 2022, <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2022/01/24/directiva-93-13-directiva-de-clausulas-opacas>
- GÓMEZ AGUILERA, Ángel Marcos: «El control judicial de la existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución del contrato de préstamo hipotecario concertados con consumidores: análisis del estado actual de la cuestión», *Revista de Derecho bancario y Bursátil*, núm. 161/2021, pp. 1-12.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Control notarial y registral de la legalidad de los préstamos hipotecarios», en *Vivienda, préstamo y ejecución* (Dir. Manuel Espejo Verda de Tejada, Murga Fernández, J. P), pp. 689-708.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María: «La comisión de apertura en los préstamos hipotecarios: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia de nuevo», *Diario La Ley*, núm. 10273, Sección Tribuna, 24 de abril de 2023, pp. 1-9.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Control de transparencia, cláusulas abusivas, consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusulas suelo», *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 1, 2019, *Estudios*, pp. 361-397.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Control de abusividad sobre cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación del precio», *La Ley Unión Europea*, núm. 26, 2015, pp. 1-27
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *InDret*, 2018, pp. 1-79.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier: «De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato», *Revista de los Derechos de los negocios*, n.º 268, sección artículos, 2013 (La Ley 1235/2013).
- PALAU RAMÍREZ, Felipe: «Condiciones generales abusivas: Alcance y criterios sustantivos del control de contenido. Una reflexión sobre el control de abusividad a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil), 2 de marzo de 2011, sobre las cláusulas de redondeo al alza», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2011 (BIB 2011/1062), pp. 1-16.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13», *Almacenderecho.org*, 2020, pp. 1-24.
- POUSA VELÁZQUEZ, José Joaquín: «El TS eleva nueva cuestión prejudicial al TJUE por la comisión de apertura de los préstamos hipotecarios», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 979/2021 (BIB 2021/6106), pp. 1 y 2.
- RUIZ DE LARA, Manuel: «Comentarios sobre la STJUE de 16 de julio de 2020, sobre gastos hipoteca y sobre la STJUE de 9 de julio de 2020, sobre acuerdos novatorios», *Revista jurídica sobre consumidores*, 2020, pp. 59-71.
- SÁEZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario», *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 2, 2019, Ensayos, pp. 235-265.

- SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María: «Transparencia vs abusividad conforme a los principios fijados por el TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13», *Revista Derecho Vlex*, 2020, pp. 1 ss.
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Sobre el deber de información y transparencia material en la nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en *Estudios sobre la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* (Dir. Aranguren Urriza, F. J., Pretel Serrano, J. J., Lerdo de Tejada, M. E., Capilla Roncero, F., Coord. Murga Fernández, J. P., y Hornero Méndez, C.), *Reus*, 2020, pp. 145-170.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: *Abusividad y transparencia en la contratación predispuesta con consumidores y, también, con autónomos y empresarios (PYME)*, Aranzadi, 2021.
- SÁNCHEZ VENTURA MORER, Inés: «Cláusulas abusivas, principio de transparencia y elementos principales del contrato, Derecho inglés versus Derecho español», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2019, pp. 1-19.
- SUÁREZ PUGA, Ernesto, «El legislador insiste en controlar el contenido de las cláusulas que definen los elementos esenciales del contrato», *Almacenderecho.org* (sep. 13, 2021) <https://almacenderecho.org/op-ed-la-reincidencia-del-legislador-en-el-control-de-abusividad-de-las-clausulas-predispuestas-referentes-a-elementos-principales-del-contrato>
- TOMILLO URBINA, Jorge: «Algunas cuestiones de abusividad en préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 55/2021, pp. 1-27.
- VELA TORRES, Pedro José: «Configuración jurisprudencial de los controles de incorporación, transparencia y abusividad», *Responsabilidad Civil, Seguro y Tráfico, Cuaderno Jurídico*, núm. 71, 2020, pp. 14-23.
- VERDA Y BEAMONTE, De, José Ramón: «El control de transparencia de las condiciones generales de la contratación: el estado actual de la cuestión», 2019, <https://idibe.org/tribuna/control-transparencia-las-condiciones-generales-la-contratacion-estado-actual-la-cuestion/>
- ZARAGOZA CANO, Francisco, y ANTONIETTY ADAME, Alejandro: «La validez de la cláusula de la comisión de apertura a examen, tras el dictado de la STJUE de 16 de julio de 2020», *Actualidad Jurídica*, núm. 9, sección Protección de los consumidores/A fondo, 2021 (La Ley 9324/2021), pp. 1-9.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 20 de septiembre de 2017 (ECLI:EU:C: 2017:703).
- STJUE de 3 de octubre 2019 (ECLI:EU:C: 2019:820).
- STJUE de 16 de julio de 2020 (ECLI:EU:C: 2020:578).
- STJUE de 16 de marzo de 2023 (ECLI:EU:C: 2023:212).

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 22 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS: 2013:2753).

STS de 9 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS: 2013:1916).
STS de abril de 2014 (ECLI:ES:TS: 2014:1702).
STS de 29 abril 2015 (ECLI:ES:TS: 2015:2207).
STS de 24 enero 2018 (ECLI:ES:TS: 2018:483).
STS de 23 enero 2019 (ECLI:ES:TS: 2019:101).
STS de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS: 2019:102).
STS de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS: 2019:103).
STS de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS: 2019:104).
STS de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS: 2019:105).
STS de 12 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS: 2020:3613).
STS de 29 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS: 2023:816).
ATS de 20 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS: 2021:237A).
ATS de 10 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS: 2021:10856A).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Madrid de 18 de septiembre de 2020 (JUR 2020\316538).
SAP de Madrid de 19 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS: 2020:2021).
SAP de Barcelona de 1 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APB: 2020:1617).
SAP de Almería de 15 de diciembre de 2020 (JUR 2021\329339).
SAP de Almería de 15 de enero de 2021 (JUR 2021\330446).
SAP de Sevilla de 5 de abril de 2021 (JUR 2021\32922).
SAP de Madrid de 4 de mayo de 2021 (JUR 2021\316626).
SAP de Madrid de 6 de mayo de 2021 (JUR 2021\339928).
SAP de Córdoba de 18 de mayo de 2021 (JUR 2021\268939).