

# Versión anonimizada

C-699/23 - 1

Asunto C-699/23

## Petición de decisión prejudicial

### Fecha de presentación:

16 de noviembre de 2023

### Órgano jurisdiccional remitente:

Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Donostia — San Sebastián  
(España)

### Fecha de la resolución de remisión:

13 de noviembre de 2023

### Parte demandante:

FG

### Parte demandada:

Caja Rural de Navarra SCC

[omissis]

[omissis] [Órgano jurisdiccional remitente]

## AUTO

## ELEVACION DE CUESTIONES PREJUDICIALES ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA

[omissis]

[omissis] [Órgano jurisdiccional remitente, partes y representantes]

### ANTECEDENTES DE HECHO

Inscrito en el registro del Tribunal de  
Justicia con el número 1274303  
Luxemburgo, el 17. 11. 2023  
El Secretario,  
por orden  
Leñicia Carrasco Marco  
Administradora  
Presentado el: 16/11/23

ES

1 El día 6 de abril de 2022, la meritada representación procesal de D. FG presentó, ante este Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Donostia-San Sebastián, **Demanda de Juicio Ordinario** de Cuantía Indeterminada en reclamación, entre otras, del carácter abusivo de la Cláusula CUARTA del contrato que, con fecha 22 de enero de 2010, este suscribió con la entidad «CAJA RURAL DE NAVARRA, S. COOP. DE CRÉDITO».

2 [omissis]

3 [omissis]

4 [omissis]

5 [omissis]

6 [omissis] [Trámite interno irrelevante]

7 [omissis]

8 [omissis]

9 [omissis]

10 [omissis]

11 [omissis]

12 [omissis]

13 [omissis]

[Consideraciones procesales internas irrelevantes relativas a la admisión a trámite de la demanda; la parte demandante solicita que se plantee una petición de decisión prejudicial y la parte demandada se opone]

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. – SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMUNITARIA

14 [omissis] [Artículo 267 TFUE]

15 [omissis] [Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales; momento oportuno para plantear la petición de decisión prejudicial]

### SEGUNDO. – MARCO NORMATIVO COMUNITARIO

16 **Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993**, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y, en concreto, los

- considerandos: duodécimo, decimotercero, decimonoveno, vigésimo y vigesimocuarto.
- 17 **La Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005**, relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.
  - 18 En relación con **la Directiva 93/13/CEE, entiendo de especial trascendencia el artículo 3**, relativo al concepto de cláusula abusiva; **el artículo 5**, relativo a la necesidad de que las cláusulas insertas en un contrato suscrito entre un profesional y un consumidor estén redactadas de manera clara y comprensible; **el artículo 6**, por el que las cláusulas declaradas abusivas no vincularán al consumidor; y **el artículo 7**, por el que se exige de los Estados miembros la adopción de medidas adecuadas y eficaces que posibiliten el cese en el uso de cláusulas abusivas por parte de los profesionales en los contratos que celebren con consumidores.
  - 19 Entiendo que **el artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005**, relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, ha de ponerse en relación con el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y con el parágrafo 69.º de la STJUE C-415/11, relativa a lo que ha de entenderse por «desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe».
  - 20 **Los artículos 3.1, 4.1 y 4.2, 5 de la Directiva 93/1/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993**, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (DOUE-L-1993-80526).
  - 21 **La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014**, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, prevé: «En el apartado “Otros componentes de la TAE” se enumerarán todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración, y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales».

### **TERCERO. – MARCO NORMATIVO ESPAÑOL**

- 22 En el Derecho español, en las normas de transparencia bancaria, la comisión de apertura tiene un tratamiento específico, diferente al del resto de las comisiones bancarias. **La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en el apartado 4 de su anexo II**, estableció lo siguiente: «4. Comisiones.

*1. Comisión de apertura. — Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por*

*la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará “comisión de apertura” y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula. [...]*

*2. Otras comisiones y gastos posteriores. — Además de la “comisión de apertura”, solo podrán pactarse a cargo del prestatario: [...] c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo».*

Este tratamiento diferenciado entre la comisión de apertura y las restantes comisiones bancarias se mantuvo en la redacción originaria de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

23 **Su artículo 5** establecía lo siguiente sobre las obligaciones de transparencia en relación con las tarifas de comisiones y gastos:

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

*2. No obstante lo establecido en el apartado anterior: [...] b) En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. En el caso de préstamos o créditos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito. Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito.»*

- 24 En la actualidad, este régimen legal está contenido en la **Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuyo artículo 14**, relativo a las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, establece lo siguiente:

*«3. Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse.*

*4. Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo».*

- 25 **Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, artículos 8.b) y d.), 60, 80, 82, 83.**
- 26 **Ley 26/88 de 29 de julio** sobre disciplina e intervención de entidades de crédito, aplicable en el momento de celebración del contrato.
- 27 **Ley 7/98, de 13 de abril**, de Condiciones Generales de la Contratación, arts. 3, 8.1, 8.2, 5.5, 7 y 10.
- 28 **Código Civil**, art. 1303 y demás concordantes.

#### **CUARTO. – RESUMEN DEL SUPUESTO FÁCTICO.**

- 29 El día 6 de abril de 2022, la meritada representación procesal de D. FG presentó, ante este Juzgado de Primera Instancia N.º 8 de Donostia-San Sebastián, Demanda de Juicio Ordinario de Cuantía Indeterminada en reclamación, entre otras, del carácter abusivo de la Cláusula CUARTA del contrato formalizado en la ESCRITURA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA suscrita entre las partes el día 22 de enero de 2010, este suscribió con la entidad «CAJA RURAL DE NAVARRA, S. COOP. DE CRÉDITO».
- 30 Las condiciones del referido préstamo hipotecario, sucintamente, por un importe máximo de 168 200,00 euros, por un período de amortización de 30 años, a razón de 360 cuotas mensuales, incluyéndose, entre sus estipulaciones, la Cláusula CUARTA relativa a la comisión de apertura bajo la denominación de «COMISIONES» cuyo contenido responde al siguiente tenor literal: «El préstamo devengará una comisión de apertura de CERO CON TREINTA Y CINCO POR CIENTO sobre el importe inicial del préstamo concedido, que será pagadera de

una sola vez por la PARTE PRESTATARIA a la firma de la presente escritura.» Dicho porcentaje impuso la obligación a la parte prestataria de 588,70 euros, que fueron abonados en el momento de la firma del contrato.

**QUINTO. – JURISPRUDENCIA DEL TJUE APLICABLE Y SUSCEPTIBLE DE VULNERACION**

- 31 El TJUE se ha pronunciado sobre la comisión de apertura, respecto de un contrato de préstamo con consumidores celebrado en España, en relación con la Directiva 93/13/CEE, en la **Sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19**, en cuya parte dispositiva declaró: «2) *El artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de “objeto principal del contrato” deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado[.] 3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un 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 remitente».*
- 32 Sin embargo, a criterio de este Tribunal Supremo, la respuesta contenida en el apartado 3.º del fallo de la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia estuvo condicionada por un planteamiento distorsionado de la petición de decisión prejudicial que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia. Distorsión que afectó tanto a la exposición de la normativa interna española como a la exposición de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.
- 33 En concreto, en cuanto a la exposición de la normativa interna, el órgano remitente únicamente trasladó el contenido de las normas que hacían mención a que las comisiones bancarias deben estar justificadas en la prestación de un servicio efectivo, pero omitió la norma que regula específicamente la comisión de apertura y establece para ella un régimen diferente al del resto de comisiones bancarias. El apartado 78 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020 afirmó: «A este respecto, debe tenerse en cuenta que, tal como se desprende

*de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, según la Ley 2/2009, las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos». [omissis] [reiteración del argumento]*

- 34 En cuanto a la exposición de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, el órgano remitente (apartado 7.º) hizo mención a una «jurisprudencia nacional que establece que la cláusula denominada comisión de apertura supera automáticamente el control de transparencia». Pues bien, debemos afirmar tajantemente que esa jurisprudencia no existe. No hay ninguna sentencia de este Tribunal Supremo que contenga esa aseveración. Por el contrario, lo que declaró la mencionada **sentencia 44/2019, de 23 de enero**, es que «*la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia*» (así se encabezaba significativamente el fundamento jurídico tercero, en que se resolvía sobre la abusividad de la cláusula) y que «*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*». En ningún extremo de la sentencia se afirmaba que la cláusula que establece la comisión de apertura supera «automáticamente» el control de transparencia. En el litigio en el que se dictó la citada sentencia, el demandante no había cuestionado en momento alguno que la cláusula que establecía la comisión de apertura fuera clara y comprensible ni se suscitaban dudas razonables sobre el carácter transparente de la cláusula. En ese contexto, afirmamos, *obiter dicta*, para el caso concreto: «*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 gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancada 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 bancadas; 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 redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato*». Debe recordarse que el TJUE, en la citada sentencia de 16 de julio de 2020 (C-224/19 y C-259/19), al interpretar el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, ha considerado como elementos de hecho pertinentes para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula que establece la comisión de apertura, entre otros, «*la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*».
- 35 Junto a las consecuencias que en la respuesta del TJUE pudo tener la exposición inexacta e incompleta de las normas de Derecho nacional y de la jurisprudencia

del Tribunal Supremo español, existen otros pronunciamientos en el ámbito del propio Tribunal de Justicia que pueden resultar contrarios a esa conclusión inducida.

- 36 **En las conclusiones del Abogado General Sr. Hogan, en el asunto C-621/17, de 15 de mayo de 2019**, se recogía que, cuando a los gastos de gestión les corresponde una contraprestación, dichos gastos deben considerarse parte del precio pagado por el préstamo. En ese caso, la denominada «*comisión de desembolso*» representaba la contrapartida de los gastos por los trámites que debía llevar a cabo el banco antes de la celebración del contrato, es decir, los gastos derivados de la concesión del préstamo. Las conclusiones del Abogado General, con remisión a la jurisprudencia del TJUE, señalaban expresamente: «37. [...] *en la mayoría de los casos la parte del precio destinada a sufragar los costes administrativos de una entidad de crédito simplemente se incluye en un único tipo de interés. Sin embargo, el hecho de que en el presente asunto el precio se dividió en tres cláusulas no significa que cada parte del precio total no se adeude por la concesión del préstamo.* 38. *En consecuencia, si el Tribunal de Justicia sigue la línea argumental adoptada en el asunto Matei, la cláusula que establece los gastos de gestión en principio debería considerarse excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13*».
- 37 **En ese mismo asunto C-621/17 (Kiss y CIB Bank), el TJUE, en la sentencia de 3 de octubre de 2019**, estableció lo siguiente: «38. En el caso de autos, de la resolución de remisión se desprende que *el contrato de préstamo de que se trata en el litigio principal preveía gastos de gestión a un tipo anual del 2,4 % durante un período de 240 meses, gastos que se calculaban, durante el primer período anual, sobre la totalidad del préstamo y, durante los períodos siguientes, sobre el importe adeudado el primer día del período anual considerado. Además, en virtud del contrato, el demandante se obligaba a pagar 40 000 HUF en concepto de comisión de desembolso.*
- 38 [...] *Por lo tanto, parece que las cláusulas en cuestión permitían al demandante en el litigio principal evaluar las consecuencias económicas que para él tendrían dichas cláusulas.*
- 39 [...] *Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que el requisito de que una cláusula contractual esté redactada de manera clara y comprensible no exige que las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual contenidas en un contrato de préstamo celebrado con los consumidores, como las controvertidas en el litigio principal, que determinan con precisión el importe de los gastos de gestión y de una comisión de desembolso a cargo del consumidor, su método de cálculo y el momento en que han de abonarse, precisen también todos los servicios proporcionados como contrapartida de los importes correspondientes*».

- 40 Asimismo, esta **sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17)** destacó en su apartado 54 que el hecho de que los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos de gestión y de la comisión de desembolso no estén detallados no significa que las cláusulas correspondientes no cumplan el requisito de transparencia establecido en los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13, siempre que la naturaleza de los servicios realmente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto.
- 41 En su apartado 55, afirmó que «[a] menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de la gestión o del desembolso del préstamo, o que los importes que debe abonar el consumidor en concepto de gastos de gestión y de comisión de desembolso sean desproporcionados en relación con el importe del préstamo, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que dichas cláusulas afecten negativamente a la situación jurídica del consumidor, tal como la regula el Derecho nacional».
- 42 Y en el apartado 56 concluyó que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en principio, una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a los gastos de gestión de un contrato de préstamo, que no permite identificar inequívocamente los servicios concretos proporcionados como contrapartida, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
- 43 Este criterio fue reiterado por la **sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2020, asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19 (Profi Credit Polska SA)**, al precisar en su apartado 75: «Ciertamente, el profesional no está obligado a precisar la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos puestos a cargo del consumidor por las cláusulas contractuales, como la “comisión” o los “gastos de apertura”. No obstante, para responder a la obligación de transparencia, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda entenderse o deducirse razonablemente del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que tales gastos retribuyen (**sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 43**)».
- 44 En definitiva, es criterio reiterado de la jurisprudencia del TJUE, en primer lugar, que, cuando la comisión de apertura es conocida con anterioridad y cuando se determina[n] con precisión su importe o su método de cálculo[ ] y el momento en que ha de abonarse, de forma que permite evaluar las consecuencias económicas que para el prestatario tiene dicho concepto, debidamente destacado, debe entenderse superado el control de transparencia, aunque no se detallan los servicios o la actuación desarrollada, siempre que la naturaleza de los servicios

efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Y, en segundo lugar, que cuando los servicios proporcionados como contrapartida se han prestado en el ámbito de la gestión o del desembolso del préstamo y su importe no es desproporcionado, las cláusulas que establecen este tipo de comisiones o gastos no afectan negativamente a la situación jurídica del consumidor ni causan en su perjuicio, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Además, a diferencia de lo que, según la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, sucedía con el Derecho húngaro, en que los conceptos a que se refería la comisión no estaban definidos, en el Derecho español, sí lo están por las normas de transparencia bancaria.

- 45 Esta juzgadora considera que la respuesta que el TJUE dio en su sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) a las cuestiones que se le plantearon sobre la comisión de apertura en los préstamos y créditos hipotecarios, y sobre la jurisprudencia que sobre esa cuestión ha establecido este Tribunal Supremo, vino determinada porque las indicaciones del órgano judicial remitente expusieron la normativa interna y la jurisprudencia nacional de una manera distorsionada. Esta circunstancia propició que una parte importante de órganos judiciales hayan seguido aplicando la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, por considerar que no quedaba afectada por la sentencia de 20 de julio de 2020, ya que el presupuesto sobre el que se había pronunciado el TJUE no se correspondía con el Derecho nacional; mientras que otros órganos judiciales han interpretado que esa sentencia declaraba que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sobre la comisión de apertura era contraria al Derecho de la Unión. Esta inseguridad jurídica obstaculiza seriamente que este Tribunal Supremo pueda realizar la función que como tribunal de casación le corresponde.
- 46 **El propio TJUE, en la[s] sentencias de 7 de agosto de 2018, Banco de Santander y Escobedo Cortés (C-96/16 y C-94/17) apartado 68, y 14 de marzo de 2019, Dunai, (C-118/17) — apartado 63, recuerda que «no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho y en aras de la seguridad jurídica, dentro del respeto de la Directiva 93/13, para elaborar determinados criterios que sirvan de guía a los tribunales inferiores a la hora de examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales».** Por tal razón, resulta pertinente plantear la petición de decisión prejudicial al TJUE, para despejar las dudas sobre si la jurisprudencia de este Tribunal Supremo es, en esta cuestión, contraria o no al Derecho de la Unión Europea. En atención a todo lo expuesto,

#### **SEXTO. – JURISPRUDENCIA NACIONAL RELATIVA A LA CONTROVERSIA**

- 47 Esta juzgadora entiende que sobre la controversia que da lugar al planteamiento de las presentes cuestiones prejudiciales resultan de interés **las sentencias del Tribunal Supremo N.º 608/2017, de 15 de noviembre, 599/2018, de 31 de**

octubre, 493/2020, de 28 de septiembre, 391/2021 y 392/2021, ambas de 8 de junio, y 29/2022, de 18 de enero.

- 48 Y, en especial, la STS N.º 44/2019, de 23 de enero, en la que el Tribunal Supremo dictó jurisprudencia sobre el control de abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura en los préstamos o créditos hipotecarios.
- 49 En esa sentencia, se tomó en consideración ese tratamiento legal diferenciado para enjuiciar la posible abusividad de la comisión de apertura y consideró que la comisión de apertura (que retribuye las actividades de estudio, de concesión, o de tramitación del préstamo hipotecario u otras similares inherentes a la concesión del préstamo) constituye, junto con el interés remuneratorio, el precio del contrato y, en consecuencia, un elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario.
- 50 En esa sentencia, el Tribunal Supremo afirmó que *«el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales [...] No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. La tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario»*.
- 51 La mencionada sentencia 44/2019, partiendo de las anteriores premisas, concluyó que no podía exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esta parte del precio (la comisión de apertura), tuviera que probar, en cada préstamo, la existencia y coste de estas actuaciones (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca, etc.), que en su mayoría son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento y son imprescindibles para la concesión del préstamo, esto es, son *«inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo»*, por utilizar los términos del Derecho nacional. La exigencia de prueba de la equivalencia entre la comisión de apertura y el coste de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo habría supuesto controlar la adecuación entre el precio o la retribución y los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida.
- 52 En cuanto a su transparencia (esto es, que la cláusula en que se establece tal comisión sea clara y comprensible, en el sentido extensivo que le ha dado la jurisprudencia del TJUE), este Tribunal Supremo afirmó que la normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar dicha transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las

gestiones realizadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información al consumidor de su existencia antes de la celebración del contrato e inclusión en el cálculo de la TAE).

- 53 **La Sentencia del Tribunal Supremo [816/2023] (1ª) de 29 de mayo de 2023** [*omissis*], interpretando varias sentencias del TJUE y, en especial, la STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21), establece los criterios que deben seguirse para decidir, no de forma general sino analizando caso por caso, sobre la validez de la cláusula de apertura.
- 54 Esta juzgadora alberga dudas razonables y, con todo el respeto debido a tan Alto Tribunal, al analizar, y compartir el criterio de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de 19 de junio de 2023, los fundamentos de la STS de 29 de mayo de 2023 vemos que, partiendo de algo obvio como es que la comisión de apertura no es en sí misma abusiva, se centra solo en dos aspectos para concluir que en el caso concreto la referida cláusula no es abusiva:
- a. Que los servicios que se retribuyen con esta comisión no están ya incluidos en otros conceptos cobrados al consumidor.
  - b. Que el importe cobrado de 845 € sobre un capital de 130 000 € no es desproporcionad[o], en cuanto que supone un 0,65 % del capital y, según las estadísticas del coste medio de comisiones de apertura en España accesibles en internet, dicho coste oscila entre 0,25 % y 1,50 %.
- 55 Entiende esta juzgadora, con todo el respeto debido a tan alto Tribunal, que el análisis que hace en su sentencia de 29 de mayo de 2023 no tiene en cuenta la totalidad de apartados que la STJUE de 16 de marzo de 2023 dedica al control de abusividad de la cláusula de comisión de apertura.

[*omissis*]

## PARTE DISPOSITIVA

### ACUERDO:

- 56 La suspensión del curso de los autos en este momento procesal clave para la resolución del litigio; y,
- 57 Formular al TJUE, en el ámbito del artículo 267 TFUE, sobre interpretación de los arts. 3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (DOUE-L-1993-80526): las siguientes peticiones de

## CUESTIONES PREJUDICIALES

- 58 1ª.- Si resulta contrario al principio de transparencia el cobro de una «comisión de apertura» por la prestación, por parte del profesional, de unos servicios que no especifica, ni en cuanto a su contenido ni en cuanto al tiempo dedicado a los mismos, lo que impide que el consumidor pueda comprobar, por un lado, que su cobro se ajusta a lo pactado, o a lo establecido en la tarifa de precios, o, en todo caso, a lo razonable en función del tipo de servicio, y, por otro, que no se ha solapado ningún servicio, que no está pagando por servicios cuya remuneración ya se integra en los intereses remuneratorios, y que el profesional no está duplicando el cobro de ningún otro servicio.
- 59 2ª.- Si resulta contrario al principio de transparencia que, cuando el profesional publicitaba el tipo de interés que ofrecía para el caso de préstamos hipotecarios destinados a consumidores, no publicitara igualmente la «comisión de apertura» que obligatoriamente había de satisfacerse en el momento de suscripción del contrato publicitado, especialmente cuando dicha comisión constituía un porcentaje conocido, predeterminado e invariable sobre el importe concedido, fuera cual fuera este.
- 60 3ª.- Si los estudios de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, la recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, y la evaluación de las garantías presentadas son algunos de los servicios que se remuneran a través de la comisión de apertura cuando se aprueba la solicitud de préstamo y se suscribe el mismo, y si estos mismos servicios no se cobran cuando la solicitud de préstamo resulta rechazada, ¿cabe entender que se trata de servicios propios de la actividad bancaria, que forman parte de su protocolo de seguridad, y que su coste ha de ser asumido por la entidad, como así lo ha entendido la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial?
- 61 4ª.- Si resultara que la comisión de apertura remunera unos servicios ajenos a la actividad propia de la entidad prestamista, razón por la que se abonan al margen del interés remuneratorio, ¿no debería, por ello, dicha entidad, entregar al consumidor la correspondiente factura con su desglose e IVA correspondiente a toda prestación de servicios?
- 62 5ª.- Si resulta contrario al principio de transparencia que el profesional que impuso el pago de una comisión de apertura como precio de una serie de servicios muy concretos, no dispusiera y entregara al consumidor, con antelación a la suscripción del contrato, una tarifa con el precio/hora de cada uno de ellos, de manera que este pudiera, por un lado, conocer con antelación cual iba a ser el coste final de su contrato de préstamo, y, por otro, comparar el precio de dichos servicios con los precios ofrecidos por otros profesionales.
- 63 6ª.- Si resulta acorde con el principio de transparencia el cobro, por parte del profesional, de una serie de servicios muy concretos, imprescindibles para la suscripción del contrato pretendido por ambas partes a través de la detracción de

un porcentaje del montante total de préstamo concedido, de tal manera que idéntico servicio, prestado por el mismo número de personas y durante el mismo tiempo, se facturaba como «comisión de apertura» por diferentes importes en función de la cuantía del préstamo concedido en cada caso.

- 64 **7ª.**— Si resulta contrario al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE un control de transparencia según el cual la cláusula relativa a la comisión de apertura reputa abusiva dependiendo de que su importe supere, o no, una concreta cifra derivada de una estadística de cobros de la misma obtenida por internet.
- 65 **8ª.**— Si resulta contrario a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional según la cual el carácter desproporcionado de la comisión de apertura se determina a partir de lo que supusieron en su día, según las estadísticas, los importes de las comisiones de apertura aplicadas en España, comisiones de apertura que se impusieron en un momento en el que en España no se sometían a control de abusividad las cláusulas que incorporaban dicha comisión de apertura.
- 66 **9ª.**— Si resulta contrario al principio de efectividad que, en los contratos suscritos antes de la transposición a su ordenamiento interno por parte del Reino de España de la Directiva 2014/17/UE, el profesional cobre una comisión de apertura que remunera el estudio de la solvencia del potencial prestatario y de la viabilidad de la operación, cuando dichos estudios, tras la transposición de la citada Directiva ya no pueden suponer ningún coste para el potencial prestatario
- 67 **10ª.**— Si el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional como la establecida por el Tribunal Supremo en STS 816/2023, de 29 de mayo, según la cual el control de abusividad de la cláusula relativa a la «comisión de apertura» no requiere que esta concrete qué servicios son los que se remuneran a través de la comisión de apertura ni a qué precio se facturan, y que dicho control de abusividad se limite a comprobar si la citada cláusula recoge con claridad el importe a satisfacer por el consumidor y si este no excede del límite fijado para ser considerado desproporcionado.

[*omissis*]

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes. [Fórmulas procesales finales]