

LA DESIGUAL RECEPCIÓN DE LA STJUE 16 DE JULIO DE 2020 SOBRE LA CLÁUSULA DE COMISIÓN DE APERTURA POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES TRAS LA STS 816/2023, DE 29 DE MAYO

THE UNEVEN RECEPTION BY PROVINCIAL COURTS OF THE JUDGEMENT OF THE COURT OF JUSTICE 16 JULY 2020 ABOUT ARRANGEMENT FEE CLAUSE AFTER THE RULING BY SUPREME COURT IN JUDGEMENT 816 OF 29 MAY 2023

Jesús Corral Rasero*

RESUMEN: Partiendo de una exposición sobre la evolución jurisprudencial del examen de nulidad respecto de la cláusula de comisión de apertura en préstamos hipotecarios conforme a las más recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se constata la cada vez mayor divergencia de posiciones por parte de las Audiencias Provinciales respecto al alcance de los criterios resultantes de dicha doctrina, con detalle de todas las posturas recientes sobre la materia, y en qué medida contribuye a esa divergencia la postura del Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de mayo de 2023 al no incorporar a su doctrina jurisprudencial la totalidad de los parámetros de análisis propuestos por la sentencia del TJUE para examinar la cláusula de apertura desde el control de transparencia y abusividad.

PALABRAS CLAVE: comisión de apertura; audiencias provinciales; parámetros de control; abusividad.

* Letrado adscrito al Ilustre Colegio de Abogados de Terrassa. Correo-e: jesus.corral@hotmail.com. ORCID ID: número 0009-0007-3682-1344. El presente trabajo no ha contado con ninguna financiación directa o indirecta procedente de entidad alguna, pública o privada, con o sin ánimo de lucro.

ABSTRACT: Starting from a jurisprudence evolution description about unfair test regarding the arrangement fee clause in mortgage loans in accordance with the most recent rulings of the Court of Justice, the increasing divergence of positions on the part of the Provincial Courts regarding the scope of the criteria resulting from Court's doctrine, with details of all the recent positions on the matter, and how contributes to these divergences the position of the Supreme Court in its ruling of May 29, 2023 by not incorporating all of the analysis parameters proposed by the Court of Justice ruling to examine the arrangement fee clause by transparency & unfairness tests.

KEYWORDS: Arrangement fee; Provincial courts; unfair terms; Transparency.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.— 1. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: 1.1. Punto de partida: la cláusula de comisión de apertura; 1.2. La exclusión del control de contenido con la STS 44/2019, de 23 de enero; 1.3. La acreditación de los servicios prestados con la STJUE de 16 de julio de 2020; 1.4. La STJUE de 16 de marzo de 2023 y su recepción en la STS 816/2023, de 29 de mayo. Criterios de transparencia. Criterios de abusividad.— 2. RECEPCIÓN DE LA STS 816/2023 POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES: 2.1. Vinculación doctrinal, principio de primacía del derecho comunitario y alcance del control de oficio; 2.2. Concretas diferencias de criterio en la jurisprudencia menor.— CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La recepción que hizo la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia nº 816/2023 de 29 de mayo respecto a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre los parámetros a seguir en el control de transparencia y abusividad de la cláusula de comisión de apertura en los préstamos hipotecarios, lejos de haber zanjado las previas discrepancias de criterio sobre la materia en las audiencias provinciales, ha replanteado el debate y abierto nuevos frentes interpretativos cuanto menos para una parte significativa de la jurisprudencia menor. La intención de este artículo además de exponer los concretos criterios en controversia es dar respuesta a dos cuestiones: 1) En qué medida esas diferencias subsisten por la falta de una efectiva correspondencia entre los criterios netamente asumidos por el Tribunal Supremo y la STJUE de 16 de marzo de 2023 (reproche que algunas Audiencias Provinciales hacen al Alto Tribunal), y de ser así, 2) qué perspectivas de solución tiene esa discrepancia al nivel de las audiencias provinciales en aras a alcanzar uniformidad interpretativa y seguridad jurídica sobre esta concreta materia.

La STS 816/2023, de 29 de mayo estaba siendo esperada por no pocos operadores jurídicos, entre otros las propias secciones de las Audiencias Provinciales con recursos de apelación pendientes de resolver al adviento de la doctrina jurisprudencial resultante. Al momento de escribir estas líneas ha transcurrido poco más de medio año desde la publicación de la sentencia y

debe decirse que el modo en que se ha manifestado su recepción por la jurisprudencia menor dista mucho de conformar un coro armónico. Ciertamente la sentencia del Alto Tribunal marca un cambio significativo con la previa STS 44/2019, de 23 de enero, en tanto que siguiendo el ineludible fallo del TJUE deja de considerar que la comisión de apertura sea parte del contenido esencial del contrato —rompiendo así el TS con su propia tesis anterior— y por tanto ha de quedar sometida la respectiva cláusula no solo al control de transparencia sino también al de contenido. Ahora bien, el alcance de las exigencias tanto en términos de transparencia como de abusividad no ha dejado de resultar complejo, habiéndose también criticado a la última sentencia del TJUE no ser todo lo clara y determinante que hubiera convenido sobre algunas cuestiones polémicas, en particular sobre la necesidad de acreditación probatoria de los concretos servicios prestados en contrapartida al pago de la comisión de apertura a la hora de valorar el carácter abusivo de la cláusula que la dispone.

Sin ánimo de exhaustividad pero sí de localizar diferencias concretas de tratamiento, para la preparación de este artículo se ha querido examinar el esquema argumental empleado por todas y cada una de aquellas Audiencias Provinciales que hayan resuelto recursos de apelación desde junio hasta finales de 2023 concernientes al enjuiciamiento de la nulidad de la referida cláusula, al menos una sentencia por cada Audiencia que hubiese resuelto sobre la cuestión en ese periodo, comparando así un total de 48 sentencias correspondientes a 44 secciones y no habiendo localizado pronunciamientos sobre la materia durante ese mismo periodo en tan solo ocho provincias. Ese ejercicio de revisión cualitativa ha servido para visualizar los elementos comunes del criterio mayoritario de las Audiencias Provinciales que han fijado sus parámetros de análisis conforme a la última doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, así como para particularizar las discrepancias propuestas por aquellas secciones (Alicante, Cáceres, Girona, Las Palmas, Madrid, Melilla, Murcia, Soria y Vitoria) que pasen ahora —o ya hubiesen estado— a apartarse de dicha posición mayoritaria; Y con ello exponer una taxonomía de los argumentos “disidentes” si se me permite el adjetivo. Tomando algunos de sus argumentos concretos —y viendo lo mucho que pueden alejarse estas posiciones minoritarias respecto a la mayoritaria—, es inevitable cuestionarse si quizás la semilla de la polémica ya estaba sembrada con carácter previo a que su posible abusividad comenzara a abordarse judicialmente, en tanto que el tratamiento normativo con el que se quiso regular la comisión de apertura parece estar fundado en una vocación de validación de la corriente praxis comercial que nunca ha estado exenta de reproches sobre su cuestionada razón de ser, conjunto de prácticas que ya existían en el tráfico corriente de la comercialización hipotecaria tiempo antes de que el ordenamiento jurídico debutara en su ordenación, y que quizás a resultas de ese tratamiento normativo terminase quedando más confirmada que no tanto regulada con el corsé formal dotado; tratamiento normativo temprano que, ante el terremoto de la litigación bancaria de los últimos años, considero se nos está ahora revelando como una cimentación inadecuada.

1. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

1.1. La cláusula de comisión de apertura

Como punto de partida conviene hacer una breve revisión a la idea misma de “comisión de apertura”, consistente en el importe que desde hace muchos años diversas entidades financieras (la mayoría, pero no todas) han venido cobrando al prestatario del contrato hipotecario, en retribución de costes y servicios concernientes a los estudios previos de solvencia y riesgos, costes de tramitación y gestiones administrativas de formalización; importe que devenga en un único pago al momento de otorgar el préstamo y que consta diferenciado del resto de comisiones en tanto que no refiere a la gestión dada durante la vida del préstamo sino a la previa a su formalización¹. La propia recepción normativa a partir de su historia también ha contribuido a caracterizarla, pues desde la inicial praxis comercial en el sector bancario de cobrar total o parcialmente, conjunta o separadamente, diversos conceptos más o menos simultáneos y correlacionados por actividades previas y conducentes al otorgamiento del préstamo hipotecario (comisión por estudio de riesgos, gastos de tramitación previa, informe de solvencia, etc...) se optó por dar una definición normativa unificadora para toda esa praxis retributiva, nominada como “comisión de apertura” y sujeta a determinados condicionantes formales que de facto ya se venían observando.

La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, contemplaba medidas de protección al consumidor desde la perspectiva de la transparencia para aquellos préstamos hipotecarios que hayan de financiar la adquisición de una vivienda por parte de una persona física y con un coste no superior a 25 millones de pesetas (150.253 euros)², estableciendo la obligatoria determinación precon-

¹ Reunía ALVAREZ MORENO un compendio de conceptos abarcados: Diversas actuaciones previas de análisis como la evaluación de solvencia y de capacidad de repago, los cálculos para determinar la conveniencia del préstamo o de las garantías presentadas, así como otras de carácter administrativo como la preparación del contrato, la organización de la tramitación concreta, la apertura de la cuenta bancaria para los reintegros, la gestión del montante para la operación y la temporización del pago preciso para la compraventa financiada. ALVAREZ MORENO, M.T., El tratamiento jurisprudencial de la comisión de apertura en el crédito hipotecario, Boletín de derecho Privado de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria, N.º. 32, 2019, pg. 15.

² El precio medio del m² de vivienda en España en 1994 era 106.415 pesetas (640 euros), según refieren las estadísticas del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente en 1995. Por tanto el ámbito de aplicación de la OM 5-5-94, definido en el tope de 150.000 euros, abarcaba holgadamente el coste medio de la vivienda en aquellas fechas. Sin embargo poco antes de la reforma normativa de 2009 el valor medio del m² construido ya era superior a los 2.000 euros. Por tanto una vivienda de 80 m² a ese valor medio estaría bajo la cobertura de la norma en 1994 respecto a la obligatoriedad de ofrecer oferta vinculante, pero ya no estaría 15 años después

tractual en el documento de “oferta vinculante” de las principales condiciones financieras del préstamo, debiendo figurar los principales datos sobre capital, plazos de amortización, intereses remuneratorios, comisiones, gastos e intereses de demora. En el subapartado 4.1 del anexo II de la OM 5-5-94 se daba una definición normativa a la comisión de apertura y un trato diferenciado respecto del siguiente subapartado 4.2 para el resto de comisiones:

“4.1 - 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. (...)”

Quedaban así establecidos los caracteres definitorios de la comisión de apertura: a) Inherencia a la concesión (cualquier coste de estudio, concesión, tramitación o similar que sirva de causa a la concesión del préstamo), b) unicidad (comprehensiva por todos los conceptos y unicidad de devengo), c) formalidad (sobre la denominación y el modo de pago) y d) tratamiento diferenciado (respecto del resto de comisiones). Al estar prevista dentro del anexo I de la OM, debía incluirse en el folleto informativo que se debía facilitar al solicitante de todo préstamo hipotecario sujeto al ámbito de dicha normativa (art. 3), y de manera más específica en la oferta vinculante una vez ya tasada la finca, comprobada su situación registral y la solvencia del prestatario (art. 5).

Posteriormente la ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, en su redacción original vendría a reiterar la definición normativa de la comisión de apertura en el art. 5.2.b) en términos idénticos a los previstos en la previa orden de 1994, también añadiendo a continuación el trato diferenciado con el resto de comisiones “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”. Esta definición en la ley 2/2009 desaparecería con la reforma operada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuya disposición final 9ª modifica los artículos 1 y 5 de la ley 2/2009 a propósito de evitar solapamientos normativos.

La OM 5-5-94 fue derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, del Ministerio de Economía, que tornó la aportación de la oferta vinculante en su artículo 23 en algo que el prestatario podía solicitar y no en una infor-

—
dado que los valores de mercado superaban fácilmente el límite previsto. Posteriores regulaciones sobre información precontractual han optado por obviar esta clase de limitaciones al ámbito de aplicación.

mación que debiera facilitar la entidad financiera de modo proactivo, como originalmente estaba previsto; Años después otra Orden del mismo Ministerio, ECE/482/2019, de 26 de abril, dejó sin contenido el artículo 23, en tanto que la información precontractual pasó a regularse directamente en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, abordando su regulación de manera adaptada a los requisitos de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010.

La Ley 5/2019 salva dos necesidades con un único tiro, dando un tratamiento integral y sistemático a la regulación de la transparencia en la contratación hipotecaria conforme a la realidad operativa existente en el sector; integración que a su vez simplificaba la adaptación del ordenamiento interno a los nuevos estándares contemplados en la normativa europea³. Concretamente en lo referido a la comisión de apertura, su artículo 14.4 no cambia en nada la previa caracterización: “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 (...)”.

Con carácter previo a que el Tribunal Supremo estableciera doctrina sobre la cláusula de comisión de apertura a principios de 2019, las audiencias provinciales la habían considerado de manera muy diversa en recientes pronunciamientos. Así como lícita, por ejemplo la SAP de León de 15 de junio de 2018 sostenía la validez de la cláusula a partir de su previsión ajena a la formalización del contrato y a su correspondencia formal a la previsión normativa de la misma, o en términos similares la SAP de Tarragona de 15 de mayo de 2018. Con acogimiento al principio de libertad de pacto, con transparencia formal y efectividad de los servicios prestados, la SAP Castellón de 15 de febrero de 2017; O renuente al control de contenido al entender que la comisión está integrada en el precio del contrato, la SAP León de 15 de junio de 2018. Por contra habían apreciado abusividad otras Audiencias con frecuente invocación del art. 3.1 de la Orden EHA/2899/2011 relativa a que el percibo de comisiones debe responder a servicios efectivamente prestados (SAP Asturias 26 de enero de 2018, SAP Las Palmas 20 de abril de 2018, SAP

³ Conviene no perder de vista que en el derecho bancario de los últimos años toda iniciativa legislativa emergente responde a una situación de creciente litigiosidad sobre la nulidad de condiciones generales de la contratación en préstamos hipotecarios y de reestructuración del sector en el contexto de una crisis económica, sucediéndose desde 2013 con la emblemática sentencia de mayo (sobre “cláusulas suelo”) una serie de resoluciones del TS en las que va adaptando su jurisprudencia a las también sobrevenidas interpretaciones de un TJUE ocupado en atender una importante y creciente carga de cuestiones prejudiciales que resolver sobre la materia; Y ante ello la decisión del CGPJ en 2017 relativa a la creación de 54 juzgados especializados. Evidentemente urgía armonizar criterios.

Baleares 15 de noviembre de 2017, SAP Albacete 7 de noviembre de 2017, SAP Ourense 18 de mayo de 2015); Mencionando que “tales operaciones de cálculo del riesgo, viabilidad e instrumentalización del préstamo en la organización interna, aspectos contables y económicos, son inherentes a la operativa bancaria y no pueden, sin una expresa asunción con plena información y efectiva negociación, incluso a cargo de alguna ventaja, ser puestos a cargo de la demandada” en el AAP Zaragoza 673/2017 de 6 de noviembre, o la aún más explícita SAP Alicante 26 de septiembre de 2018: “Si la comisión de apertura se dirige a repercutir al cliente estos costes inherentes a la explotación del negocio financiero, se quiebra la prestación del servicio personalizado que trata de retribuir la comisión de apertura, transformándola en un instrumento de imputación directa de los costes generales de la entidad en todo el conjunto de su actividad, sea cual sea, al cliente cuando, en absoluto, representa un servicio prestado al mismo”.

1.2. La exclusión del control de contenido con la STS 44/2019, de 23 de enero.

Frente a este escenario de posturas contradictorias entre las Audiencias Provinciales, el Tribunal Supremo resuelve en la STS de 23 de enero de 2019 que la comisión de apertura es, junto con el interés remuneratorio, precio del contrato: Se considera que “no estamos ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios” (FJ 3.10). De ello infiere que dicha cláusula incide directamente sobre un elemento esencial del contrato, lo cual conforme establece el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 impide realizar control de contenido, siendo la cláusula perfectamente válida en tanto supere el control de transparencia.

También valoró el Tribunal Supremo que la transparencia de la cláusula queda apuntalada por el hecho de que la misma sea de corriente conocimiento general entre los consumidores interesados en formalizar un préstamo hipotecario, de que el devengo de la comisión se produzca en el mismo momento en que dicho contrato se formaliza —de lo que infiere el TS un necesario e inevitable conocimiento directo del esfuerzo económico que la cláusula le representa—, que el cálculo de la TAE esté integrado por el interés remuneratorio y por la comisión de apertura, y que además opere la insoslayable previsión normativa que impone a la entidad financiera informar al prestatario sobre su existencia a través de la información precontractual conforme al artículo 60.2 TRLCU y específicamente en las fichas de información normalizada.

En el FJ 5.6 se enumeran las razones que impiden considerar dudas razonables sobre la falta de transparencia: 1) que sea de general conocimiento entre los consumidores interesados; 2) que es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar mediante las fichas normalizadas de información; 3) que suela ser uno de los extremos destacados en

la publicidad bancaria; 4) que se pague por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención; y 5) que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.

La sentencia también considera que no es necesario acreditar la efectiva realidad de los servicios así retribuidos, en tanto que no tenían carácter eventual sino necesario por imperativo legal, que se realizan en todos y cada uno de los casos siendo por ejemplo inevitable evaluar la solvencia del consumidor por una elemental cuestión de disciplina normativa bancaria. Ese razonamiento venía a excluir la necesidad probatoria que algunas audiencias venían exigiendo, en tanto que cabe presumir la prestación de tales servicios por su configuración normativa como presupuesto necesario del préstamo.

Con estos razonamientos el Tribunal Supremo no estaba excluyendo el control de transparencia, pero establecía unos parámetros para su control que ciertamente podrían ser entendidos como insuficientes o excesivamente alejados del principio de carga probatoria en materia de consumo, en particular si recordamos la especial atención prestada por no pocas Audiencias Provinciales a la necesidad de acreditar la efectiva prestación de los servicios remunerados por invocación del artículo 87.5 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU)⁴, cuya observancia no puede obviarse ni entenderse derogada por el hecho de que la comisión de apertura tenga una regulación propia sobre su redacción y contenido.

1.3. La acreditación de los servicios prestados con la STJUE de 16 de julio de 2020

Apenas mes y medio después de la sentencia del Tribunal Supremo, el JPI nº17 de Palma de Mallorca elevó 13 cuestiones prejudiciales al TJUE, que el Tribunal de Luxemburgo abordaría conjuntamente con otras dos procedentes del JPI nº6 de Ceuta. La STJUE de 16 de julio de 2020 rectificó al TS en lo relativo al carácter esencial de la comisión de apertura: Recuerda el carácter restringido de aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 a la hora de excluir el control de abusividad, y lo hace sobre la base de no equiparar los conceptos “objeto principal” y “precio”, para concluir que la comisión de apertura no puede entenderse como elemento esencial por su sola inclusión en el coste total, no siendo una prestación que se entienda más que como ac-

⁴ Art. 87.5 LGDCU: “Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: (...) 5. Las estipulaciones que prevean (...) el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado.”

cesoria atendiendo a que no incide en la caracterización genérica y propia del contrato de préstamo, quedando así la cláusula al alcance tanto del control de transparencia como de abusividad.

Pese a que la caracterización como accesoria y no esencial es la principal rectificación que hace el TJUE respecto de la precedente sentencia del TS, al propósito de este estudio he querido subrayar la importancia del debate que el TJUE replantea (quizás sin decidida intención de ello) acerca de la necesaria acreditación de los servicios realizados para valorar la abusividad de la cláusula, cuestión que se aborda en sus apartados 77 a 79:

“77.- Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar a la luz de estos criterios el eventual carácter abusivo de la cláusula sobre la que versa el litigio principal.

78.- 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. De ello se sigue que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que realice el órgano jurisdiccional remitente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante, contrariamente a las exigencias de la buena fe.

79.- Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la undécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19 que 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.”

El contraste de interpretación que hicieron dos Audiencias Provinciales sobre esta concreta cuestión respecto de la acreditación de los servicios — cuestión de aparente controversia entre la STS 44/2019 por una parte y la STJUE 16-7-2020 por la otra— me parece especialmente ilustrativo, pues aparentemente a partir de un mismo argumento del Tribunal de Luxemburgo llegan ambas secciones a conclusiones ciertamente dispares:

a) La SAP de Valladolid (secc. 3) de 26 de abril de 2021 (nº273/2021, rec. 676/2020) asume que la STJUE impone un cambio de criterio por invocación de su apartado 79, en tanto que el mismo refiere que cabe apreciar abusividad cuando la financiera no demuestre que la comisión responde a servicios efectivamente prestados, comprobación que realizará el juzgado remitente. La resolución pucelana también recoge el razonamiento del apartado 78 donde se hace referencia a que el órgano remitente expuso la normativa nacional re-

lacionada con la cuestión (la ley 2/2009), más sin entrar a valorar el contenido de la misma ni su efecto en el razonamiento (que tampoco explicita el TJUE).

b) Por su parte, la SAP de Barcelona (secc. 15) de 1 de diciembre de 2020 (nº2548/2020, rec. 423/2020) sostiene que no existe contradicción entre las sentencias del TS y TJUE en ninguna de las conclusiones alcanzadas, y pone énfasis en la omisión del órgano remitente en la cuestión prejudicial que elevó al TJUE al citar el primer apartado del artículo 5 de la Ley 2/2009 pero no acompañar la cita con el segundo apartado de dicho artículo, lo cual constituyó una remisión sesgada que al entender de la Audiencia Provincial condicionó el razonamiento alcanzado por el TJUE, puesto que ese segundo apartado confería expresamente a la comisión de apertura un trato diferenciado respecto del resto de comisiones. Llegados a este punto veamos concretamente la omisión del órgano remitente del artículo 5 para valorar en qué medida pudo ser relevante para la consideración de la exigencia sobre “servicios efectivamente prestados” y por tanto en qué medida pudo alterar el razonamiento del TJUE:

1.- Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones (...) sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley (...). (...) 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. (...). 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.

Esta crítica al carácter sesgado de la información facilitada por el órgano remitente es frecuente aún hoy tanto en resoluciones judiciales como en artículos doctrinales que abordan la cuestión, y en mi opinión —si bien la omisión de la cita por el tribunal emisor carece de sentido ni de ninguna justificación— tampoco me parece tan determinante como se ha pretendido señalar: El tratamiento diferenciado que hace el apartado 2 realmente no se está refiriendo a que se excepcione la debida correspondencia con un servicio efectivamente realizado, sino a que el resto de comisiones distintas a la comisión de apertura se corresponden a servicios cuya finalidad es ajena al proceso de concesión del préstamo o de su corriente administración, siendo por ende eventuales y no imprescindibles para el nacimiento y vida del préstamo, razón que en aras de velar por una ordenada transparencia —atendiendo a su distinta relevancia— han de estipularse dentro del contrato hipotecario separadamente de la comisión de apertura. Ciertamente existe un tratamiento diferenciado entre la comisión que aquí nos ocupa y el resto, pero dicha dife-

rencia no se refiere en su literalidad a la exigibilidad de servicios efectivamente prestados sino a la diferente naturaleza funcional de los mismos (“servicio específico distinto de la concesión o administración ordinaria”) dentro de la vida del préstamo. Además conviene recordar que esa mención diferencial desaparece del artículo 5 de la Ley 2/2009 con la reforma de marzo de 2019, lo cual no refuerza precisamente la sostenibilidad del criterio excepcional.

1.4. La STJUE de 16 de marzo de 2023 y su recepción en la STS 816/2023, de 29 de mayo. Criterios de transparencia. Criterios de abusividad.

Las críticas de la jurisprudencia disidente suelen señalar una falta de real correspondencia entre los criterios que establece el TJUE el 16 de marzo de 2023 —a resultas de la cuestión prejudicial que el propio TS le eleva en 2021— y los que finalmente recoge la STS el 29 de mayo de 2023⁵. Por tanto es oportuno hacer una exposición sinóptica de los criterios que cada una aporta al análisis de transparencia y abusividad, siendo que este último control de abusividad ya es aceptado por el TS al haber confirmado la STJUE (apartados 13 a 24) el carácter accesorio y no principal de la comisión de apertura⁶. No cabe otro modo de valorar si hay o falta correspondencia si no es procurando un cotejo en paralelo de los parámetros enunciados y aplicados por cada resolución.

Los elementos que integran el control de transparencia en la doctrina del TJUE son planteados en los apartados 30 a 47 de su sentencia, y comienza advirtiéndolo que no puede limitarse al carácter comprensible desde un punto de vista formal y gramatical, sino que es precisa una interpretación necesariamente extensiva de la exigencia de una redacción clara y comprensible (de transparencia) dado el desequilibrio informativo entre las partes contratantes. Serían a modo de síntesis los siguientes: [Apartado 39] Que el consumidor esté en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que le resulten de la cláusula (T1)⁷, entender la naturaleza de los servicios en ella previstos (T2), verificar que no haya solapamiento entre gastos y servicios (T3); [Aparta-

⁵ Destacaría la SAP de Las Palmas de 19 de junio de 2023, la SAP Girona de 28 de septiembre de 2023 o la SAP de Cáceres de 26 de octubre de 2023 como las críticas más explícitas de esa falta de correspondencia.

⁶ En mi opinión, tanto la previa doctrina del TS como la primera cuestión prejudicial que plantea en su auto de 10 de septiembre de 2021 revelan una predisposición a integrar la notoriedad como nota propia de la noción de esencialidad, lo cual no deja de ser respetuoso con el carácter dinámico que precisa la acción hermenéutica. Sin embargo el TJUE no acude a parámetros contingentes (como la inclusión en el TAE o el común conocimiento) sino necesarios para identificar la naturaleza del contrato, con mayor esfuerzo argumental que en la STJUE de 2020.

⁷ Para sistematizar la referencia a estos elementos los caracterizamos con una letra —según correspondan al control de transparencia (T) o de abusividad (A)— y con un ordinal.

do 40] El tenor de la cláusula (T4), la información ofrecida (incluida la obligatoria conforme a normativa) (T5), la publicidad del producto (T6), conforme al nivel de atención esperable del consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (T7); [Apartado 46] Si ubicación y estructura de la cláusula permiten evaluar las consecuencias económicas (T8)⁸.

Corresponderían al control de abusividad los apartados 50, 51 y 52: [Apartado 50] Si el profesional tratando leal y equitativamente al consumidor podía esperar que este aceptara la cláusula en una negociación individual (A1); [Apartado 51] un posible desequilibrio importante a efectos cuantitativos entre el importe de la operación y el coste que la cláusula impone (A2), un posible desequilibrio importante a efectos jurídicos por incorporar restricciones, obstáculos de ejercicio o imposiciones contra los derechos que le reconozcan las disposiciones nacionales (A3); [Apartado 52] tener en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios, las circunstancias presentes al momento de contratar y las demás cláusulas del contrato (A4).

La sentencia del Tribunal Supremo manifiesta recoger estos elementos e instrumentos de comprobación en sus fundamentos jurídicos 7.2 y 7.3 respecto al control de transparencia y 7.4 respecto al control de abusividad. En mi opinión esa afirmación merece algún matiz en lo relativo al control de transparencia, pero no deja de corresponderse con los apartados 39 y 40 de la STJUE, aunque toda información al consumidor que trascienda a la estrictamente prevista como obligatoria parece perder la específica relevancia que el TJUE le reconocía como elemento de control de transparencia. De todos modos, llegados al fundamento jurídico octavo (en aplicación concreta de la doctrina expuesta) los elementos previstos en el apartado 40 dejan de ser observados, limitándose el TS a constatar únicamente que se aportara la estricta y mínima información normativa obligatoria y que la cláusula fuera redactada conforme a las exigencias formales de su definición normativa (FJ 8.3), lo que constituye un estrechamiento del parámetro T5 antes señalado; Si hay solapamientos, queda su revisión en función de la redacción de la escritura (FJ 8.6), y limita el examen de si estuvo en condiciones de entender la naturaleza de los servicios a presumirlo superado por el hecho de que la cláusula figure individualizada en la escritura notarial (FJ 8.5). En conclusión, el TS en la práctica reduce drásticamente los elementos de cotejo de la transparencia material, bien por ignorarlos o bien por darles una dimensión mínima en su formulación concreta al ceñirse a un examen meramente formal, lo cual no compadece bien con la interpretación extensiva que requería dar el apartado 30 de la STJUE a la observancia del artículo 5 de la directiva.

En lo concerniente al control de abusividad la divergencia entre ambas sentencias es aún mayor: El TS recoge el apartado 50 de la STJUE referente

⁸ El apartado 41 descarta la notoriedad o el conocimiento generalizado como criterios de evaluación, y los apartados 42, 43 y 44 desgranar la importancia y los matices de los elementos que enuncia el apartado 40 respecto a información obligatoria y preparatoria, publicidad como información, y la atención del consumidor.

a las exigencias de la buena fe (lo que el profesional podía esperar del consumidor en una negociación individual) en su FJ 7.4.i), aunque luego no hace alusión a su examen al aplicarlo al caso en el FJ 8. Y en cuanto a los posibles desequilibrios a constatar conforme al apartado 51 de la STJUE, la STS únicamente contempla la verificación del cuantitativo, que a efectos prácticos es el único parámetro que contempla en términos de aplicación doctrinal sobre abusividad con el establecimiento de una horquilla proporcionada entre el 0,25 por 100 y el 1,5 por 100 respecto al capital financiado, pudiendo apreciar abusividad en cuanto excediera a dicho límite, que refiere tomar de las estadísticas accesibles en internet sobre el coste medio de la comisión en España (sin aclarar la procedencia del índice o el periodo de referencia).

2. RECEPCION DE LA STS 816/2023 POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.

2.1. Vinculación doctrinal, principio de primacía y alcance del control de oficio.

Antes de hacer reseña de las diferencias de criterio en la jurisprudencia menor considero adecuado traer a colación tres breves recordatorios relativos a determinadas vinculaciones de los órganos judiciales. En primer lugar debe recordarse que la jurisprudencia del TS conforme al artículo 1.6 del Código Civil no es fuente de derecho en tanto no tiene capacidad normativa autónoma, sino que complementa e integra la interpretación del ordenamiento jurídico. Con independencia de las ventajas de una unidad de criterio interpretativo (a la que justamente atiende la finalidad nomofiláctica que da razón de ser al Tribunal Supremo), no es menos cierto que los jueces y magistrados no están vinculados por las sentencias del Tribunal Supremo, siendo suficiente una motivación razonada del criterio que, en cada ocasión que concurra, haya sido atendido para apartarse de su doctrina jurisprudencial⁹. Sin embargo la jurisprudencia del TJUE sí resulta vinculante para el juez nacional. En virtud del principio de primacía que informa y alcanza a todo el ordenamiento comunitario (derecho primario, derivado y jurisprudencia TJUE), y por ende al ordenamiento de los Estados miembros¹⁰, una legislación nacional no puede contravenir el derecho de la UE, pues aún en caso

⁹ Independencia y falta de vinculación consagradas en el artículo 117.1 CE en tanto que quedan sometidos únicamente al imperio de la ley y 12 LOPJ respecto a la independencia judicial. Esa falta de vinculación solo se excepciona con el recurso de casación en interés de ley en la jurisdicción contencioso-administrativa, como confirma la Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional 37/2012, de 19 de marzo.

¹⁰ El principio de primacía del derecho comunitario, fijado originariamente en la STJUE de 15 de julio de 1964 (C-6/64) ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional (STC 145/2012, de 2 de julio) y con rango legal a efectos del carácter vinculante de la jurisprudencia del TJUE para los Jueces y Tribunales en el artículo 4bis de la LOPJ.

de contradicción esta prevalece sobre el derecho nacional, imperativo que vincula a todo órgano jurisdiccional. De ahí la vinculación a la jurisprudencia del TJUE (en tanto que derecho complementario del ordenamiento comunitario) incluso en caso de conflicto con una norma estatal, no pudiendo el juez nacional apartarse en ningún caso de la doctrina del TJUE en cuanto a interpretación del derecho comunitario.

Además hemos advertido en el examen de la jurisprudencia menor del que se ocupa el resto de este capítulo que no faltan ocasiones en que el recurrente haya confundido el control de oficio de cláusulas abusivas con una inexistente facultad de alterar la causa de pedir, por ejemplo pretendiendo pronunciamientos sobre el control de transparencia pese a haberse invocado únicamente la abusividad de la cláusula litigiosa. Tanto el Tribunal Supremo como el TJUE¹¹ han manifestado que el control de oficio en materia de cláusulas abusivas tiene como límite no poder modificar ni las pretensiones ni los motivos alegados por las partes, siendo que *“no cabe examinar el carácter abusivo de una cláusula por más motivos que el que la parte demandante haya invocado en su demanda”* (SAP Córdoba, secc.1, 711/2023, de 18 de julio), debiendo respetarse los límites del objeto del litigio sin obligación para el juzgador de ampliarlo más allá y limitando su control a las cláusulas que aún no habiendo sido impugnadas por el demandante guarden vinculación con el objeto del litigio en los términos en que el mismo haya quedado definido, justamente por respeto al principio dispositivo y por no incurrir en incongruencia.

2.2. Concretas diferencias de criterio en la jurisprudencia menor.

El criterio sobre el carácter accesorio y no esencial de la comisión de apertura es plenamente uniforme en la praxis judicial, con la única salvedad de los pronunciamientos en junio de 2023 de la Audiencia Provincial de Sevilla, definiéndola aún como elemento esencial en su última sentencia¹².

La mayoría de Audiencias Provinciales asumieron de manera temprana los parámetros de control de la STS 816/23: Criterios de transparencia ajustados a la formalidad de la redacción según la definición legal y a la información básica imprescindible conforme a la normativa bancaria, y criterios de abusividad que en la práctica abordan únicamente en el cotejo de la proporción del porcentaje respecto al capital total dentro de un umbral definido por aquella sentencia. En algún caso, aún siguiendo el esquema formal del TS respecto al control de abusividad, se ha considerado crítica la falta de oferta vinculante (SAP Vitoria, secc. 1, nº 1038/23, de 7 de julio), pero es mayoritario

¹¹ STS 10 de diciembre de 2020, STS 16 de febrero de 2021. y STJUE 11 de marzo de 2020 (C-511/17).

¹² SSAP Sevilla, secc. 5, 317/2023 de 14 de junio, 319/2023 de 19 de junio, y la más expresa 346/2023 de 28 de junio.

el seguimiento de diferentes audiencias al esquema formalista del TS, donde la constatación de la información precontractual se asumía por la manifestación formal del notario de corresponderse la documental que se le exhibió con la minuta del préstamo¹³, habiendo alguna sentencia incluso manifestado su percepción sobre la escasa relevancia dada a la cuestión: “El hecho de que conste en la escritura pública la entrega de un ejemplar de las tarifas de comisiones y que el notario de fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento. Hay que hacer notar pero que no se trata de requisitos que además de los que señala la norma haya que cumplir, sino que son simplemente un refuerzo del requisito de transparencia. Pero ello no puede entenderse como una exigencia adicional. De hecho, ni siquiera el TS hace una comprobación efectiva de ello puesto que en los hechos probados de la sentencia de apelación no se hace referencia a que se haya entregado a la prestataria el proyecto de escritura pública antes de su firma ni hay mención a la oferta vinculante ni a las tarifas de las comisiones” (SAP Lleida, secc. 2, nº 709/2023 de 6 de octubre). En ese sentido en sentencias de otras quince audiencias ni siquiera se hace mención a la referida comprobación notarial o a la constancia de oferta vinculante, quedando el parámetro de la información precontractual totalmente obviado pese a ser fijado por el apartado 42 de la STJUE con máxima preeminencia por delante de otros como publicidad, la atención del consumidor medio o la ubicación y estructura de la cláusula¹⁴; Aún dentro de este mayoritario criterio de transparencia material supeditado a criterios formales, la SAP de Burgos 254/2023 de 31 de julio (secc. 3) reflexiona acerca de la improbabilidad de que esta cláusula pudiera no superar el control formal de transparencia dada la sencillez del concepto que representa, siendo difícil que no sea clara y comprensible; Y al tratar la transparencia material denota que esta se

¹³ SAP Castellón, secc. 3, nº 334/2023 de 20 de julio; SAP Huelva, secc. 2, nº 551/2023 de 20 de julio; SAP Huesca, secc. 1, nº 135/2023 de 21 de junio, SAP Jaén, secc. 1, nº 863/2023 de 26 de julio; SAP León, secc. 1, nº 422/2023 de 13 de julio, SAP Lleida, secc. 2, nº 709/2023 de 6 de octubre, SAP Ourense, secc.1, nº 608/2023 de 4 de noviembre; SAP Pamplona, secc. 3, nº 673/2023 de 25 de septiembre; SAP Salamanca, secc. 1, nº 494/2023 de 13 de octubre; SAP Toledo, secc. 2, nº 239/2023 de 25 de octubre; SAP Valencia, secc. 9, nº 500/2023 de 21 de julio; SAP Valladolid, secc. 3, de nº 999/2023 de 28 de septiembre.

¹⁴ SAP Albacete, secc. 1, nº 416/2023 de 21 de septiembre; SAP Badajoz, secc. 2, nº 616/2023 de 16 de octubre; SAP Cádiz, secc. 2, nº 243/2023 de 12 de julio; SAP Ceuta, secc. 6, nº 85/2023 de 20 de octubre; SAP Ciudad Real, secc. 2, nº 295/2023 de 2 de octubre; SAP Córdoba, secc. 1, nº 711/2023 de 18 de julio; SAP Coruña, secc. 4, nº 593/2023 de 26 de septiembre; SAP Guadalajara, secc. 1, nº 270/2023 de 28 de julio; SAP Málaga, secc. 6, nº 803/2023 de 7 de junio; SAP Mallorca, secc. 3, nº 544/2023 de 26 de septiembre; SAP Santander, secc.2, nº 375/2023 de 4 de julio; SAP Segovia, secc. 1, nº 175/2023 de 29 de septiembre; SAP Tarragona, secc. 1, nº 403/2023 de 12 de julio; SAP Zamora, secc. 1, nº 324/2023 de 10 de octubre de 2023; SAP Zaragoza, secc. 5, nº 406/2023 de 5 de octubre.

revela cuando de la información precontractual y contractual el consumidor pueda efectivamente conocer su existencia (siendo improbable lo contrario), su alcance (lo que se cumple en tanto refleje su importe), y en tercer lugar conozca su función económica (qué se está remunerando), lo cual exige que tenga conocimiento de su correspondencia con el estudio/tramitación/concesión del préstamo sin que sea preciso detallar o concretar tales servicios ni que siquiera la cláusula misma lo exprese, dada la función predeterminada por ley. Es ciertamente una resolución que asume el criterio formalista del TS mayoritario en las Audiencias Provinciales, pero integrando un examen a la dimensión material que otras AP pecan de obviar.

La SAP de Murcia (secc. 1) 457/2023, de 17 de julio, sigue un esquema de revisión episódica de la transparencia por cada una de las tres fases en que la misma debiera manifestarse: Información precontractual (no bastando una mención genérica sin mayor detalle como sí se hace con otros elementos del préstamo), contractual (en qué medida la redacción de la escritura permite o no deducir la naturaleza de los servicios) y notarial (siendo insuficiente el notario verifique el conocimiento respecto al importe sino también a los servicios que así se remuneran). Similar planteamiento el de la SAP de Madrid (secc. 28) 2314/2023 de 29 de septiembre, que advierte que la entidad en la fase precontractual “no puede escudarse en la referencia a las normas (...) sin explicación alguna al cliente (...)” siendo “necesario se traslade (la información) a la documentación entregada”. Cuando poco después la sentencia aborda la información prestada en fase contractual, que advierte que ni subsana ni suple la omisión informativa en que pueda haberse incurrido antes de la formalización, siendo cumulativa con aquella inicial pero en ningún caso sustitutiva de la misma¹⁵. En similares términos la SAP de Las Palmas de 19 de junio de 2023, que en el apartado E.5 de su FJ 2.1.2 sostiene que la información obligatoria conforme a normativa “no opera como un máximo o tope que le exime de dar cualquier otra información, sino como un mínimo”. También refiriéndose a la información contractual, concretamente a aquello que el consumidor pueda llegar a deducir a partir de la redacción de la cláusula, considera la SAP de Alicante (secc. 8) 429/2023 de 19 de julio que el prestario puede acaso inferir las consecuencias económicas pero difícilmente la naturaleza de los servicios prestados ni dirimir el puntual solapamiento que pueda concurrir sólo a partir de la genérica redacción de la cláusula, sin que —entre otros motivos— “el dato de que la comisión cumpla en abstracto las previsiones reglamentarias sobre concepto y devengo suponga aportar información adicional relevante al consumidor a estos efectos” (FJ 2.6.2). Un paso más allá en este razonamiento presenta la SAP Girona secc. 1 n° 703/2023, de 9 de octubre, que al hilo de la buena fe sobre lo que el prestamista podría o no esperar que se aceptara en el marco de una negociación individual,

¹⁵ Con cita de la STS 15 de noviembre de 2017: “La información facilitada por el fedatario público es cumulativa de la que tiene que suministrar la entidad en fase precontractual, nunca sustitutiva de la misma”.

apunta que “si no se acredita ninguna información ofrecida al consumidor sobre los servicios prestados (...) difícilmente podía aceptar esta cláusula”, concluyendo más bien subyace “una aceptación por resignación dado que prácticamente todas las entidades la integraban (la cláusula de comisión de apertura) (...)”. De esta exigencia de transparencia material se deduciría una muy frecuente insuficiencia para superar el control, contrariamente a lo que suele acontecer con el alcance del control de transparencia formal —dadas las presunciones informativas que se reconocen a la estandarizada redacción de la cláusula por invocación de su predeterminación normativa—.

Existe también una notable divergencia de criterios sobre el alcance del control de abusividad frente a la línea mayoritaria que agota su atención en el criterio cuantitativo del posible desequilibrio¹⁶ según sea el importe remunerado respecto al capital objeto del préstamo y desatiende el examen del desequilibrio jurídico: La más temprana voz discrepante en ese parecer es de la sección 4 de la AP de Las Palmas, que en su sentencia de 19 de junio de 2023 sostenía que el criterio dado por el TJUE en su apartado 50 (si conforme a un trato leal y equitativo podía el profesional esperar que el consumidor aceptara una cláusula así en una negociación individual) no podía entenderse superado si se cobraban los servicios de evaluación sin dar información alguna sobre el número, tipo, duración, complejidad y coste de los estudios en que consistieron, ni porqué eran aquellos los adecuados y necesarios conforme a las circunstancias concretas y singularizadas del préstamo, pues ello hurtaba al consumidor la posibilidad de realizar una comparación cabal con lo que pudieran realizar (y cobrar) otras entidades financieras, lo cual también implica un menoscabo jurídico (apartado 51 STJUE) pues restringe su facultad contratante de conocer las particulares calidades prestacionales de un servicio que está pagando. También la antes citada SAP de Alicante de 19 de julio de 2023 hace especial reproche a la omisión probatoria de la entidad financiera en sede de control de abusividad, al nada alegar respecto a qué les permitía afirmar que el consumidor aceptaría la cláusula en una negociación individual, o porqué el importe era proporcionado al servicio ni acreditar que la comisión se limitó a ser contrapartida de servicios necesarios (FJ 2.6.3), destacando la dificultad que tiene el consumidor para formarse un criterio sobre lo competitiva que es o no la entidad en este aspecto frente a su competencia; omisiones que no satisfacen la carga que le sería exigible en virtud del principio de facilidad probatoria.

En relación al concreto parámetro del desequilibrio cuantitativo se pueden encontrar matices apuntados por algunas SAP que también se alejan de

¹⁶ Así por ejemplo la SAP 673/2023 de 25 de septiembre (secc. 3^a) refiere en su FJ 7^o que conforme al TJUE “la comisión no es abusiva salvo que no se pueda considerar razonablemente que existe contrapartida o que el importe resulte desproporcionado”, para decir a continuación que “la realidad es que la razonabilidad de la efectiva prestación ya está determinada legalmente”. Lo cual limita todo examen a la desproporción del importe.

aquel criterio de desproporción cuantitativa que sí es abordado por el TS: Así tenemos la SAP de Melilla (secc. 7) 52/2023 de 4 de julio que sostiene la necesidad de acreditar que lo cobrado guarde proporción con el coste de realización del servicio, que “*sea proporcional a estos servicios y no únicamente un porcentaje del préstamo para evitar así el desequilibrio entre los derechos y obligaciones*”, o más precisa la SAP de Madrid (secc. 3) 2316/2023 de 29 de septiembre, crítica con la vinculación de la comisión al importe total de la operación mediante porcentaje en tanto que a su juicio evidencia “*que el montante no es fruto de las labores preparatorias (...) una manera de encarecer financieramente la operación sin reflejo en el interés nominal ni en las cuotas*” lo cual supone un modo de desproporción; razonamientos que no obstante se apartan no solo del criterio del TS sino también del dado por la STJUE en su apartado 59 in fine, que inequívocamente establece la referencia de la desproporción de la comisión conforme al capital dispuesto. En una línea similar estaría la SAP de Soria (secc 1) 211/2023 de 11 de septiembre al sostener que la regulación específica de la comisión de apertura no excluye la aplicación del art. 82.1 TRLGDCU que define como abusivas las cláusulas no negociadas individualmente que contra las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante de derechos y obligaciones, y que considera de aplicación al caso al estar facturando costes internos no repercutidos en el precio del préstamo vía intereses, sin la necesaria restricción interpretativa que exige el artículo 87.5 LGDCU y sin guardar proporción con ninguna objetivización de aquellos servicios o gastos. O ya asumiendo el establecimiento de la proporción de la comisión respecto al importe del préstamo, la SAP de Girona 622/2023 de 7 de septiembre plantea una crítica a la horquilla porcentual propuesta por la STS 816/2023 como margen de proporción al no indicarse “*ninguna estadística de fuente oficial en la fecha del contrato*”, no solo por seguridad jurídica sino por permitir al consumidor en su día “*disponer de un punto sólido de contraste*” para juzgar la proporción. O la SAP de Murcia 519/2023 de 25 de septiembre, que aprecia abusividad en el uso de un doble criterio aritmético para determinar la comisión (porcentaje sobre capital y un importe mínimo) asegurándose el pago que resulte superior sin justificar el motivo de dicha desproporción, cuando en sí al coste operacional de la actividad le resulta indistinto el importe del préstamo.

Con criterio propio en tanto que alude a un argumento no contemplado por el TJUE, algunas sentencias razonan de paso acerca de una abusividad implícita en que la entidad financiera sea retribuida por la prestación de un servicio que realmente se corresponde con unas funciones internas que le son propias —e incluso obligatorias—, cuyo interés únicamente aprovecha a la propia entidad financiera, cuyo pago el consumidor asume como un coste extra por un servicio que *a priori* y por sí mismo le resulta indiferente pero al que adherirse le resulta inevitable para que la contraparte consienta contratar y así obtener la financiación necesaria para consumir la operación de compraventa inmobiliaria, exclusiva causa de su voluntad contractual. En esa línea encontramos las ya citadas SSAP de Las Palmas de 19 de junio de 2023,

de Murcia de 17 de julio de 2023 o de Madrid de 29 de septiembre de 2023¹⁷, que entroncan con una opinión similar ya expresada en otras resoluciones precedentes y aquí ya citadas (AAP Zaragoza 673/2017 de 6 de noviembre, SAP Alicante 26 de septiembre de 2018). Esta es una objeción llamativa en tanto que *aparentemente* expresa un cuestionamiento a la totalidad, y puede inducir comparaciones con prácticas abolidas en otros sectores de actividad en algún momento, como por ejemplo el cobro del *servicio de cubierto* en la restauración prohibido por la normativa autonómica¹⁸. Es imaginable una argumentación analógica que refiera que también el cobro de cubierto impone una retribución por una actividad que no deja de ser inherente al acto de acudir a un restaurante con propósito de consumir elaboraciones alimentarias para las que la disposición de cubertería, copas y demás utillaje propio de la mesa resulta imprescindible al acto de consumo en comedor así planteado; y que a pesar de ello está comúnmente aceptado que el cobro por tal concepto implica un abuso en tanto que la predisposición de dichos medios es tan consustancial a la condición de posibilidad del potencial acto negocial con el consumidor como el contar con el empleo de otra utillería distinta no en el comedor sino en cocina (sartenes, fogones, etcétera) cuyo uso directo en la preparación del plato encargado no ha resultado menos imprescindible para el acto de consumo convenido con el cliente. Podemos trasladar el debate a distinciones entre costes preparatorios y prestaciones esenciales, donde la actividad preparatoria no puede estar siempre dispuesta en identidad cuando las condiciones particulares del prestatario si son determinantes para el alcance y la posibilidad misma de la financiación, mientras que no parece que podamos decir lo mismo del comensal. Toda esta suerte de tentaciones analógicas no pueden efectivamente trascender más allá del derecho-ficción por una razón iuspositiva y de pura objetividad normativa: Unas prácticas están normativamente vedadas, mientras que otras no solo están autorizadas sino que también quedan reguladas y definidas en su naturaleza, requisitos de forma y contenido prestacional. Por ello decía que el cuestionamiento que hacen las resoluciones citadas a la totalidad de la comisión en sí no es otra cosa que aparente; en mi opinión ni siquiera *obiter dicta* pues no operan con ninguna función hermenéutica auxiliar en tanto que no pueden coherente-

¹⁷ Recoge la sentencia: “Teniendo en cuenta que, el estudio sobre solvencia, la instrumentalización del préstamo, los gastos de personal y preparación del préstamo, son actuaciones internas previas del Banco que en sí mismas consideradas ningún servicio prestan al cliente, al ser datos necesarios para su sistema de negocio, para el adecuado ejercicio de su actividad y para su propia protección. Por demás, estos estudios se efectúan tanto si el préstamo es finalmente concedido como si no lo es y, en el último caso es evidente que no se cobra por vía de comisión de apertura.”

¹⁸ Sin propósito exhaustivo, el artículo 15.3 del Decreto 317/1994, de 4 de noviembre, por el que se establecen normas sobre la ordenación y la clasificación de los establecimientos de restauración (Catalunya), o el artículo 11.3 del Decreto 90/2010, 22 julio, por el que se regula la actividad turística de restauración y los establecimientos donde se desarrolla (Canarias).

mente referirse a otra cosa que no sea la legitimidad en abstracto de toda comisión de apertura, cuestión que *ope legis* no puede ser controvertida.

CONCLUSIONES

No me parece ya netamente sostenible la exigencia probatoria individualizada de los servicios de estudio que algunas Audiencias sostienen, pues hay que admitir que el criterio del apartado 79 de la STJUE de 2020 relativo a la acreditación de la efectiva prestación no se expresa en la STJUE de 2023, concluyendo esta última en su apartado 59 con un concepto de desproporción en ese aspecto más ambiguo (“*que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de de las prestaciones antes descritas*”). Tampoco la mención dada en el apartado 32 (“*no se desprende que el prestamista esté obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados*”) excluye en sentido literal tal oportunidad probatoria, aunque desde luego tampoco la refuerza, contribuyendo en mi opinión a oscurecer a efectos interpretativos la función que dicha acreditación pudiera o no pudiera tener, audacia que hubiera sido recomendable si efectivamente hubiese un cambio de criterio; que en todo caso tampoco se infiere de la atenta lectura literal de la sentencia que esa cuestión o un presunto cambio de criterio estuviesen relacionados —como se ha querido señalar por parte de la jurisprudencia menor— con la controversia sobre la remisión sesgada que recuerda el apartado 53 (cuestión que el TJUE en los cinco apartados siguientes no termina de afirmar o desmentir), remitiéndose a valorar la abusividad conforme a los criterios fijados en los apartados 49 a 52. A falta de una formulación más incisiva cada órgano jurisdiccional atribuirá a la falta de acreditación distintas consecuencias en orden a establecer la posible abusividad, como no ha dejado de observarse en parte de la jurisprudencia menor. No obstante sobre esta cuestión añadiría algo que no he visto recogido en ninguna resolución: Si efectivamente el servicio produce un estudio de solvencia, este estará documentado, igual que los cálculos sobre endeudamiento familiar, alcance de las garantías reales y personales complementarias e idoneidad del préstamo. Y la integración de ese todo en un informe entregable (resultante de unas actividades que ha pagado) puede tener interés para el consumidor a efectos de poder cotejar la adecuación entre sus circunstancias económicas y las concretas condiciones de contratación, en especial para justificar razonadamente si concurren o no posibles sobregarantías a favor de la parte acreedora, cuestión esta de cuya concreta ponderación también podrían deducirse posibilidades de importante desproporción constitutivas de abusividad respecto al establecimiento de segundas garantías reales o la necesidad de contar con avalistas. Si el consumidor paga por la realización de dichos estudios y se conceptualizan aquellos como “servicios prestados”, no es irracional esperar que se entreguen en soporte documentado al cliente, o cuanto menos que no se obvie la solicitud de este último si desea recabar su ejemplar.

No obstante la exigencia extensiva del art. 5 de la Directiva 93/13 respecto a la transparencia material es un déficit que la mayoritaria y excesivamente formalista doctrina mayoritaria seguirá acusando. Como ya se ha dicho, el TJUE refiere como elemento de transparencia la información ofrecida por la entidad, precisando que deba entenderse también incluida la obligatoria conforme a normativa, de lo que razonablemente se sigue que la mención a la obligatoria es un mínimo necesario pero no comprensivo del aquel todo que la jurisprudencia europea exige valorar. Ese contraste entre “transparencia de máximos o de mínimos” presente en la jurisprudencia menor podría también expresarse en términos de “transparencia proactiva” (lo que la entidad pueda acreditar que impulsó al fin de afianzar el cabal conocimiento sobre la existencia de los servicios y su contenido) y “transparencia pasiva” (aquello que de las circunstancias formales de la contratación pueda esperarse razonablemente deducido por el consumidor medio). Es acertada la reflexión dada en alguna resolución citada donde se manifiesta que la normativa sectorial no excepciona la aplicabilidad del artículo 82.1 LGDCU (ni aún menos de la Directiva 93/13). Algunas de las posiciones minoritarias no parecerán tener mayor recorrido (como la exigencia de individualización probatoria, o la interpretación que imputa abusividad intrínseca al cálculo de la comisión por su referencia al coste y no al importe del préstamo, por ejemplo) pues las mismas no se siguen inevitablemente de aquellos elementos de criterio que ya han sido asumidos y reiterados incluso por el TJUE. Aún menos recorrido tendrán aquellas consideraciones que cuestionan la legitimidad misma de la propia comisión en tanto que justificación de algo que deba ser retribuido por corresponderse a un coste operacional propio de la actividad empresarial bancaria que no debiera repercutirse en el consumidor, posicionamiento cuasi anecdótico dentro del referido bloque de jurisprudencia minoritaria. Pero por contra una jurisprudencia que ignore el estándar extensivo de las exigencias de transparencia material —o que las desnaturalice por entenderlas ya integradas normativamente conforme a criterios formales— obviará el primer criterio validado por la sentencia europea y por ende también el principio de primacía, en cuya atención la jurisprudencia del TJUE resulta vinculante para los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros. Contestando a las dos cuestiones planteadas en la introducción de este artículo, es notoria la falta de correspondencia entre la doctrina del TJUE y la recepción efectiva que realiza el TS acerca de los criterios de transparencia material y de abusividad por desequilibrio jurídico. La solución puede llegar por vía casacional o por la elevación de cuestiones prejudiciales al TJUE, pareciéndome lo más deseable que fuera la función nomofiláctica del TS quien se expresara sobre estos criterios “huérfanos” en aplicación casacional abundatoria a los ya aplicados en su sentencia de 29 de mayo de 2023, conformando así un cuerpo claro de completa recepción que solucione las dispares soluciones en la jurisprudencia de las audiencias provinciales. El control de transparencia material no solo ha sido obviado por la mayoritaria jurisprudencia menor: No pocas veces los recurrentes han dejado de mencionar la vulneración de criterios en su control como motivo de apelación,

enfocándose en la ya disponible opción directa del control de abusividad, no permitiendo así al juzgador de segunda instancia valorar la adecuación de las sentencias impugnadas en relación a las exigencias que podrían desplegarse del apartado 30 de la STJUE de 16 de marzo de 2023 a la luz del artículo 5 de la directiva, por no incurrir en incongruencia. Aún así podrían elevarse cuestiones prejudiciales en concreta alusión al desequilibrio a efectos jurídicos “por incorporar restricciones, obstáculos de ejercicio o imposiciones contra los derechos que le reconozcan las disposiciones nacionales” (apartado 51) sobre los que la doctrina del Tribunal Supremo no ha expuesto una concreta aplicabilidad y sobre los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda desarrollar parámetros de concreta aplicación respecto de lo que así enunció en términos generales en su última sentencia sobre posibles elementos de control de abusividad por desequilibrio jurídico. Al menos me parecen más probables de verlas ahora planteadas una vez que han tenido ocasión de desarrollarse en la doctrina minoritaria que hemos visitado. De ahí el atrevimiento de vaticinar que, con gran probabilidad, veremos antes o después que el Tribunal Supremo aún habrá de desarrollar más su doctrina respecto a la abusividad de la comisión de apertura, cuanto menos por ser ello una consecuencia natural de la concurrencia del principio de primacía del derecho comunitario y de la persistencia de la jurisprudencia menor minoritaria en aplicar parámetros de control de abusividad no recogidos por la doctrina de nuestro Alto Tribunal.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ MORENO, M.T., «El tratamiento jurisprudencial de la comisión de apertura en el crédito hipotecario», *Boletín de derecho Privado de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria*, N.º. 32, 2019, págs. 13-20
- PEREZ DE PRADA, M.M., *Comentario de la STS 21 de diciembre de 2022, Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, Ed. Dykinson, vol. 14, 2022, págs. 65-77.
- VILLARRUBIA GONZALEZ, J., «Aplicación sesgada por parte del Tribunal Supremo de los parámetros establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a la comisión de apertura», *Diario LA LEY*, 10317, Sección Tribuna, 28 de Junio de 2023.

Jurisprudencia consultada

- SSTJUE de 16 de julio de 2020 y 16 de marzo de 2023.
- SSTS (Sala 1ª), núm. 44/2019, de 23 de enero y núm. 816/2023, de 29 de mayo.
- SAP Avila, Secc. 1, de 26 de octubre de 2023, núm. 249/2023, rec.46/2023
- SAP Badajoz, Secc. 2, de 16 de octubre de 2023, núm. 616/2023, rec. 673/2022
- SAP Barcelona, Secc. 14, de 11 de octubre de 2023, núm. 611/2023, rec. 96/2023
- SAP Burgos, Secc. 3, de 31 de julio de 2023, núm. 254/2023, rec. 407/2021
- SAP Cáceres, Secc. 1, de 26 de octubre de 2023, núm. 491/2023, rec. 26/2023
- SAP Cádiz, Secc. 2, de 12 de julio de 2023, núm. 243/2023, rec. 671/2022
- SAP Castellón, Secc. 3, de 20 de julio de 2023, núm. 334/2023, rec. 535/2021

SAP Ceuta, Secc. 6, de 20 de octubre de 2023, núm. 85/2023, rec. 169/2022
SAP Ciudad Real, Secc. 2, de 2 de octubre de 2023 , núm. 295/2023, rec. 560/2021
SAP Córdoba, Secc. 1, de 18 de julio de 2023, núm. 711/2023, rec. 878/2022
SAP Coruña, Secc. 4, de 26 de septiembre de 2023, núm. 593/2023, rec. 1281/2021
SAP Cuenca, Secc. 1, de 10 de octubre de 2023, núm. 236/2023, rec. 138/2023
SAP Girona, Secc. 1, de 7 de septiembre de 2023, núm. 622/2023, rec. 1330/2022
SAP Girona, Secc. 1, de 28 de septiembre de 2023, núm. 680/2023, rec. 1261/2022
SAP Guadalajara, Secc. 1, de 28 de julio de 2023, núm. 270/2023, rec. 90/2021
SAP Huelva, Secc. 2, de 20 de julio de 2023, núm. 551/2023, rec. 964/2022
SAP Huesca, Secc. 1, de 21 de junio de 2023, núm. 135/2023, rec. 90/2021
SAP Jaén, Secc. 1, de 26 de julio de 2023, núm. 863/2023, rec. 1092/2022
SAP Las Palmas, Secc. 4, de 19 de junio de 2023.
SAP Las Palmas, Secc. 4, de 13 de julio de 2023, núm. 898/2023, rec. 1182/2022
SAP León, Secc. 1, de 13 de julio de 2023, núm. 422/2023, rec. 609/2021
SAP Lleida, Secc. 2, de 6 de octubre de 2023, núm. 709/2023, rec. 737/2022
SAP Lugo, Secc. 1, de 10 de julio de 2023, núm. 357/2023, rec. 636/2021
SAP Madrid, Secc. 28, de 29 de septiembre de 2023, núm. 2314/2023, rec. 626/2022
SAP Madrid, Secc. 28, de 29 de septiembre de 2023, núm. 2316/2023, rec. 746/2022
SAP Málaga, Secc. 6, de 7 de junio de 2023 , núm. 803/2023, rec. 1119/2021
SAP Mallorca, Secc. 3, de 26 de septiembre de 2023, núm. 544/2023, rec. 738/2022
SAP Melilla, Secc. 7, de 4 de julio de 2023, núm. 52/2023, rec. 61/2023
SAP Murcia, Secc. 1, de 17 de julio de 2023, núm. 457/2023, rec. 121/2023
SAP Murcia, Secc. 1, de 25 de septiembre de 2023, núm. 519/2023, rec. 201/2023
SAP Ourense, Secc.1, de 4 de noviembre de 2023, núm. 608/2023, rec. 897/2021
SAP Oviedo, Secc.5, de 29 de septiembre de 2023, núm. 371/2023, rec. 616/2022
SAP Pamplona, Secc.3, de 25 de septiembre de 2023, núm. 673/2023, rec. 1103/2020
SAP Pontevedra, Secc. 1, de 4 de octubre de 2023, núm. 478/2023, rec. 371/2023
SAP Salamanca, Secc. 1, de 13 de octubre de 2023, núm. 494/2023, rec. 1035/2022
SAP Santander, Secc. 2, de 4 de julio de 2023, núm. 375/2023, rec. 81/2022
SAP Segovia, Secc. 1, de 29 de septiembre de 2023 , núm. 175/2023, rec. 166/2023
SAP Sevilla, Secc. 5, de 28 de junio de 2023, núm. 346/2023, rec. 599/2021
SAP Soria, Secc. 1, de 11 de septiembre de 2023, núm. 211/2023, rec. 222/2023
SAP Tarragona, Secc. 1, de 12 de julio de 2023, núm. 403/2023, rec. 601/2021
SAP Toledo, Secc. 2, de 25 de octubre de 2023, núm. 239/2023, rec. 469/2023
SAP Valencia, Secc. 9, de 21 de julio de 2023, núm. 500/2023, rec. 1448/2021
SAP Valladolid, Secc. 3, de 28 de septiembre de 2023, núm. 999/2023, rec. 927/2022
SAP Vitoria, Secc. 1, de 7 de julio de 2023, núm. 1038/2023, rec. 1797/2022
SAP Zamora, Secc. 1, de 10 de octubre de 2023, núm. 324/2023, rec. 344/2021
SAP Zaragoza, Secc. 5, de 5 de octubre de 2023, núm. 406/2023, rec. 57/2021

