

CASACIÓN núm.: 919/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles

Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

AUTO

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 10 de septiembre de 2021.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo está pendiente de resolución el recurso de casación núm. 919/2019, formulado por [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia núm. 695/2018, de 27 de diciembre, dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el recurso de apelación núm. 627/2018. La cuestión objeto del recurso es la declaración de abusividad de varias cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario con un consumidor, entre ellas y en lo que ahora resulta relevante, la relativa al pago de una comisión de apertura.

SEGUNDO.- En el transcurso de la deliberación, votación y fallo del recurso, el Tribunal consideró que podría resultar procedente el planteamiento de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE). Por lo que, de conformidad con lo previsto en el art. 4.2 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, acordó oír a las partes.

TERCERO.- La parte demandada y recurrente, [REDACTED], representada por la [REDACTED]s, alegó que no consideraba procedente el planteamiento de la petición. Argumentó resumidamente que: (i) pese a que en la petición de decisión prejudicial que dio lugar la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) se omitió una exposición completa de la legislación española, debe entenderse que la propia sentencia del Tribunal de Justicia aclara la cuestión, en cuanto que remite al juez nacional el análisis de la procedencia de la cláusula que fija la comisión de apertura, conforme a su propia legislación nacional; (ii) subsidiariamente, si se decide elevar la petición de decisión prejudicial, propuso que se formulara la siguiente pregunta:

«¿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 la comisión de apertura de un contrato de préstamo, que tiene por objeto la remuneración de los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo, como presupuestos para su concesión, y que se identifican y reconocen expresamente en la normativa nacional, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato?».

CUARTO.- D [REDACTED], parte demandante y recurrida, representada por la P [REDACTED] alegó, resumidamente, que era necesario plantear la cuestión prejudicial sobre la incidencia de la normativa nacional en el juicio de abusividad de la comisión de apertura, una vez que podía existir contradicción entre la jurisprudencia nacional y la comunitaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del litigio

1.- El 21 de septiembre de 2005, D. J. [REDACTED], que tenía la condición legal de consumidor, celebró un contrato de crédito con garantía hipotecaria con [REDACTED], que incluía, entre otras, la siguiente cláusula:

«Se estipula a favor de la Caixa y a cargo de la parte acreditada la comisión siguiente:

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

Sobre el resto de disposiciones, a calcular sobre la parte de crédito de que se disponga en cada momento y a satisfacer en el momento en que tales disposiciones se realicen: un entero por ciento (1,00%), con el mínimo de sesenta euros y diez céntimos de euro (60,10 €)».

Como en el mismo momento de firma del contrato el cliente dispuso de 130.000 €, pagó 845 € en concepto de comisión de apertura.

2.- El 24 de abril de 2018, el Sr. [REDACTED] presentó una demanda contra la entidad prestamista, en la que, en lo que ahora interesa, solicitó la nulidad de la mencionada cláusula y la restitución de la cantidad abonada como consecuencia de su aplicación.

3.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó la demanda, declaró la nulidad de la cláusula y condenó a la entidad prestamista a pagar al demandante la cantidad abonada.

4.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formulado por el banco, por considerar que no había justificado que el cobro de la comisión se correspondiera con la prestación de algún servicio efectivo.

5.- El banco demandado interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- Cuestión controvertida en el litigio principal

Resulta controvertido y relevante:

1) si es conforme con el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE la consideración de la comisión de apertura como parte del precio. Esta consideración no se basa en el hecho de que se tenga en cuenta para calcular el coste total (TAE) del préstamo o crédito, sino en la existencia de una regulación específica en la normativa nacional que la define como retribución (se paga de una sola vez y, por lo general, cuando se celebra el contrato) de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o tramitación del préstamo o crédito, u otros similares, pero siempre inherentes a la actividad del prestamista

2) si son conformes con el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE los criterios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo para valorar si la cláusula que establece la comisión de apertura es transparente.

3) si para respetar la exigencia de justo equilibrio de derechos y obligaciones conforme a la buena fe, contenida en el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, la comisión de apertura tiene como condición para su cobro la prestación de un determinado servicio por parte del banco, distinto de las gestiones de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otras similares inherentes a la actividad de la entidad financiera ocasionada por la concesión del préstamo o crédito; o, por el contrario, puede cobrarse en atención a las gestiones de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad financiera ocasionada por la concesión del préstamo o crédito.

TERCERO.- Disposiciones de Derecho de la Unión

1.- El art. 3.1 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) establece:

«Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

2.- El art. 4 de la misma Directiva dispone:

«1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del

contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

»2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

3.- El art. 5 de la Directiva establece:

«En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva».

4.- 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».

CUARTO.- *Derecho nacional*

1.- 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”, sólo 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. 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». (Énfasis añadido)

2.- 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».

3.- Además de que en el nuevo régimen legal subsiste el tratamiento diferenciado de la comisión de apertura respecto de las demás comisiones aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios, hay que destacar que esta comisión de apertura responde a gastos «inherentes» a la actividad ocasionada por la concesión del préstamo o crédito, por lo que no incluye ningún otro tipo de gastos que no resulten inherentes a esa concesión.

4.- 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 en la sentencia del pleno de la Sala Civil 44/2019, de 23 de enero. En esa sentencia, tomamos en consideración ese tratamiento legal diferenciado para enjuiciar la posible abusividad de la comisión de apertura y consideramos 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.

5.- En esa sentencia afirmamos 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».

6.- En ningún extremo de esa sentencia ni de otras que haya dictado este tribunal se ha argumentado, para justificar que la comisión de apertura tiene la naturaleza de precio del contrato, que se incluye en el cálculo del coste total del préstamo (la tasa anual equivalente o TAE). Las razones por las que este Tribunal Supremo consideró que la comisión de apertura era una partida del precio consistían en que constituye una de las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo y no corresponde a actuaciones o servicios eventuales, pues la normativa nacional establece para esta comisión de apertura una regulación específica que la configura como retribución de los servicios relacionados con el estudio, la concesión o tramitación del préstamo u otros similares, pero siempre inherentes a la actividad del prestamista, que se paga de una sola vez y, con carácter general, al principio, cuando se celebra el contrato de préstamo o crédito.

7.- Por tal razón, conforme al artículo 4.2 de la Directiva 93/13, la cláusula en la que se establece la comisión de apertura no puede ser objeto de control de contenido cuando es transparente, esto es, cuando es clara y comprensible, en el sentido extensivo que le ha dado la jurisprudencia del TJUE.

8.- 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.

9.- 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).

10.- Por último, debe indicarse que el importe de la comisión de apertura en el préstamo del caso objeto de dicha sentencia no era desproporcionado respecto del importe total del préstamo, pues estaba fijada en el 0,85% del importe total del préstamo.

QUINTO.- Necesidad de formulación de la petición de decisión prejudicial

1.- El Tribunal de Justicia 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».

2.- Sin embargo, a criterio de este Tribunal Supremo, la respuesta contenida en el apartado 3º 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.

3.- 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». La distorsión observada en la cuestión prejudicial a la que dio respuesta esa sentencia del TJUE consiste en que, como hemos dicho, las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente omitieron reproducir la norma que regula específicamente la comisión de apertura y establece para esta comisión un régimen sustancialmente diferente del aplicable al resto de comisiones bancarias.

4.- En cuanto a la exposición de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, el órgano remitente (apartado 7º) 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 bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la 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».

5.- 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.

6.- 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».

7.- 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.

39 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.

45 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».

8.- 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.

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».

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.

9.- 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)».

10.- 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 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 detallen 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.

11.- Consideramos 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.

El propio TJUE, en la 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,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del artículo 267 TFUE, las siguientes peticiones de decisión prejudicial, 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):

1.º- ¿Se opone a los artículos 3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que, a la vista de la regulación específica de la comisión de apertura en el Derecho nacional como retribución de los servicios

relacionados con el estudio, la concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito, que se paga de una sola vez y, con carácter general, cuando se celebra el contrato, considera que la cláusula que establece tal comisión regula un elemento esencial del contrato, pues constituye una partida principal del precio, y no puede apreciarse su carácter abusivo si está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido extensivo que ha establecido la jurisprudencia del TJUE?.

2.º- ¿Se opone al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE una jurisprudencia nacional que para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula que regula un elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario toma en consideración elementos tales como el conocimiento generalizado de tal cláusula entre los consumidores, la información obligatoria que la entidad financiera debe dar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información, la publicidad de las entidades bancarias, la especial atención que le presta el consumidor medio por ser una partida del precio que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo y constituir una parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo, y que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permitan apreciar que constituye un elemento esencial del contrato?.

3.º- ¿Se opone al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a la comisión de apertura de un contrato de préstamo o crédito, que tiene por objeto la remuneración de los servicios relacionados con el estudio, diseño y tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien sobre el que va a recaer la hipoteca, etc.), como presupuestos para su concesión, que se establece expresamente en la normativa nacional como retribución de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo o crédito, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato?.

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de e-Curia. Y copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial –Fax: 91 7006 350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

Este auto es firme y contra él no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.