

DICTAMEN JURÍDICO SOBRE LA NATURALEZA Y ALCANCE DE LA COMISIÓN DE APERTURA CONFORME A LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: SU DEFINICIÓN DE ELEMENTO NO PRINCIPAL DEL CONTRATO Y SU PERTINENTE SUJECCIÓN AL JUICIO DE ABUSIVIDAD

POR: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO. Exmagistrado del Tribunal Supremo. Sala Primera. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

A petición del despacho...

ANTECEDENTES

En síntesis, de cara al objeto del presente dictamen, como más adelante se desarrolla y se precisa con detalle, interesa destacar los siguientes << hechos >> que resultan determinantes del contexto valorativo que da lugar a la consulta planteada.

En primer lugar, hay que señalar que el Tribunal Supremo en la sentencia, de Pleno, **44/2019, de 23 de enero**, dictó <<jurisprudencia >> sobre el control de abusividad sobre la comisión de apertura en los préstamos o créditos hipotecarios.

En esta sentencia, apartado 9 del fundamento de derecho tercero, como <<núcleo >> de la doctrina jurisprudencial se declaraba lo siguiente:

<<[...]9.- Hecha esta exposición de los razonamientos de la Audiencia Provincial y de la normativa sectorial aplicable, el motivo del recurso debe ser estimado por las razones que a continuación exponemos. No es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, según la cual solamente el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del préstamo. Tal como expone la recurrente, la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, 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.>>

A continuación, **apartados 10 a 16**, la sentencia contemplaba los siguientes argumentos justificativos:

<<[...]10.- 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.

11.- Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer

cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá.

Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria.

12.- La normativa posterior a la concesión del préstamo objeto de este litigio, que ha supuesto un progreso en la protección del cliente bancario, ha previsto también la existencia y licitud de esa comisión de apertura.

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, contiene una regulación de la comisión de apertura en términos prácticamente idénticos a los de la Circular 8/1990.

Y 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".

13.- La argumentación de la sentencia recurrida, según la cual "no existe duda sobre la legalidad de dicha comisión" de apertura para, a continuación, sin que concurren circunstancias excepcionales, afirmar que la misma es abusiva, resulta contradictoria.

La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo.

Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura.

14.- La normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar su transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existencia e inclusión en el cálculo de la TAE), pero no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto.

15.- El hecho de que esas actuaciones iniciales sean "inherentes" a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo, no impide que esta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo el interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el art. 87.5 TRLCU.

16.- No debe olvidarse que la normativa que regula esta materia configura la comisión de apertura como aquella que se cobra por actuaciones "inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito". Así lo hacía la norma tercera, apartado 1-bis-1.º, de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, y así lo hace la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

Sería incompatible con esta previsión normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura porque con la misma se retribuyen actuaciones "inherentes al negocio bancario" que no proporcionan al cliente servicio alguno distinto de la propia concesión del préstamo.>>

Por último, **apartado 21**, conforme a la jurisprudencia declarada, la sentencia concluía lo siguiente:

<<[...]21.- En tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido. No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del art. 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión "justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones" en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como han declarado sentencias de esta sala 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre) y de la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, representada por las sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai , y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei.

Es, por tanto, incorrecta la invocación que hace la Audiencia a la incidencia negativa en el "equilibrio prestacional" por la falta de prueba de la proporcionalidad entre el coste del servicio retribuido y el importe de la comisión de apertura que se hace en la sentencia recurrida. >> (Énfasis añadido).

En segundo lugar, hay que indicar que, para el **Juzgado de Primera Instancia, número 17 de Palma de Mallorca**, la anterior jurisprudencia presentaba <<**serias dudas**>> de conformidad con el Derecho de la Unión Europea, a tenor de la interpretación y aplicación del mismo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (en adelante TJUE); **por lo que solicitó la pertinente petición de decisión prejudicial, mediante auto de 12 de marzo de 2019**. A dicha petición, se le sumó otra proveniente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta, mediante auto de 13 de marzo de 2019.

En tercer lugar, hay que resaltar que sendas peticiones de decisión prejudicial fueron objeto de pronunciamiento por el TJUE en **sentencia de 16 de julio de 2020**, asuntos C- 224/19 y C-259/19.

En dicha sentencia, conclusiones 2 y 3, el TJUE declaró la naturaleza accesoria de la comisión de apertura en el contrato de préstamo y, por tanto, su sujeción al juicio de abusividad, en los siguientes términos:

<<[...] 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.>> (Énfasis añadido).

En cuarto lugar, como corolario de estos antecedentes, hay que señalar que el Tribunal Supremo, mediante **auto de 10 de septiembre de 2021** (auto no del Pleno de la Sala, pues solo va firmado por los Excelentísimos Magistrados de la Sección Segunda), **formuló una nueva petición de decisión prejudicial al TJUE sobre la interpretación de los artículos 3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE.**

En síntesis, como se desarrolla con detalle más adelante, en dicho auto se vuelve a insistir en los argumentos ya enunciados en la sentencia 44/2019, precisando que la respuesta que dio el TJUE a las cuestiones planteadas, vino determinada por las **<<indicaciones distorsionadas>>** que realizó el órgano jurisdiccional remitente acerca de la normativa interna y de la jurisprudencia de la Sala, particularmente por la **<<omisión>>** de la norma que regula específicamente la comisión de apertura y establece, según la valoración de la Sala, un régimen diferente del resto de las comisiones bancarias (artículo 5.2 apartado b de la Ley 2/ 2009, de 31 de marzo).

CONSULTA

Se me solicita que lleve a cabo un estudio jurídico a los efectos de determinar la naturaleza y alcance de la comisión de apertura en la estructura del objeto del contrato de préstamo hipotecario; especialmente de cara a su calificación como elemento principal o accesorio del contrato y, por tanto, de su posible sujeción al juicio de abusividad.

El catedrático que suscribe, después de haber hecho un amplio estudio de los antecedentes, así como de las normas jurídicas y doctrina jurisprudencial aplicables al caso, tiene el honor de formular el siguiente

DICTAMEN

1. Metodología del dictamen

El presente dictamen sienta su fundamentación técnica en la aplicación sistemática de los siguientes parámetros metodológicos.

1.1 Principio de <<primacía>> del Derecho de la Unión Europea

El correcto estudio valorativo acerca de la naturaleza y alcance que presenta la comisión de apertura en el contrato de préstamo hipotecario debe partir, necesariamente, como expresamente reconoce la petición de decisión prejudicial formulada por el auto del Tribunal Supremo, de 10 de septiembre de 2021, del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

En efecto, la valoración del contexto descrito tiene su <<génesis, desarrollo y conclusión>> en la interpretación y aplicación de una disposición comunitaria: los artículos 3.1, 4 y 5 de la Directiva 9/13/CEE. Como el citado auto del Tribunal Supremo precisa, expresamente, fundamento de derecho quinto, apartado 11, la función armonizadora que realicen los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro debe realizarse dentro del <<respeto>> a la Directiva 93/13.

1.2 Aplicación de las <<Directrices de interpretación>> del TJUE: Comunicado de la Comisión Europea de 27 de septiembre de 2019

Si la primacía del Derecho de la Unión Europea se erige como el <<criterio rector>> de la valoración del contexto descrito, de igual forma hay que resaltar, por su íntima conexión conceptual, que el análisis que la proyecta o desarrolla, como dicho criterio rector, viene condicionado <<ab initio>> por las propias <<directrices de interpretación>> que ha establecido el TJUE a los efectos de garantizar la aplicación efectiva o material del Derecho de la Unión Europea.

En este sentido, el reciente **<<Comunicado de la Comisión Europea>>**, de 27 de septiembre de 2019 (2019/C323/04), una auténtica **<<guía>>** acerca del alcance de estas **<<Directrices de interpretación>>** para los Estados miembros de la Unión Europea, nos ilustra muy gráficamente acerca del **<<carácter vinculante>>** de este método respecto **<<a cómo>>** deben interpretarse las Directivas, para garantizar la plena efectividad de éstas (entre otras, **STJUE de 7 de agosto de 2018**, asuntos C-96/16 y C-94/17). De forma que, fuera de la valoración de las circunstancias concretas que presente el caso en cuestión, el órgano jurisdiccional nacional viene **<<obligado>>** a interpretar el Derecho nacional desde su **<<conformidad o adecuación>>** con el Derecho de la Unión, es decir, con arreglo a la **<<luz de la letra y a la finalidad de las Directivas>>** (entre otras, **SSTJUE de 30 de abril de 2014**, asunto C-26/3 y de **21 de enero del 2015**, asuntos C-482/13, C-483/13, C-485/13 y C-487/13).

Conformidad o adecuación del Derecho nacional y, en su caso, **de la jurisprudencia nacional que dicte un tribunal superior que lo interprete y aplique**, con el Derecho de la Unión Europea que, a su vez, resulta **<<blindada>>** por la propia jurisprudencia del TJUE elaborada en aquellos ámbitos de las Directivas que sustentan su plena efectividad y, por extensión, la del Derecho de la Unión; a saber, la salvaguarda de los **<<valores fundacionales>>** de los Tratados de la Unión Europea, **la aplicación de los principios** que configuran su rango de **<<orden público económico comunitario>>** y, por último, la prevalencia de la **<<norma comunitaria armonizada>>** sobre la Disposición nacional y, en su caso, sobre la jurisprudencia nacional que dicte un tribunal superior que la interpreta y aplica. **De acuerdo con el contexto señalado**, procede extraer las siguientes pautas metodológicas:

- i) Cuando la Disposición nacional, incluidas las normas procesales y, en su caso, **la jurisprudencia nacional** dictada por un tribunal superior que las interpreta, **<<no pueda aplicarse>>** de conformidad con el Derecho de la Unión, el órgano jurisdiccional nacional **<<debe inaplicarla>>** y, en su lugar, aplicar directamente el Derecho de la Unión (entre otras, **STJUE de 9 de marzo de 1978**, asunto 106/77).

- ii) En el ámbito de competencia del Derecho de la Unión, esto es, de las materias objeto de regulación o de cobertura por los Tratados, Reglamentos y Directivas de la Unión Europea, la **<<duda razonable>>** que plantee la Disposición nacional y, en su caso, la jurisprudencia nacional dictada por un tribunal superior que la interpreta y aplica, debe **<<sustentarse>>** desde el análisis de **la primacía del Derecho de la Unión Europea**, especialmente a tenor de las **<<directrices de interpretación>>** que el TJUE ha elaborado acerca de los parámetros conceptuales y técnicos que configuran la **<<plena efectividad>>** del Derecho de la Unión.

1.3 Análisis de la figura del <<objeto contractual>> como exigencia legal del Derecho nacional: su configuración o esquema jurídico

La **Directiva 93/13/CEE** no tiene como función normativa regular los ámbitos generales de formación y validez de los contratos, que pertenecen al marco del Derecho nacional de cada Estado miembro. Por lo que la incidencia de la citada Directiva se centra, primordialmente, sobre aquellos parámetros conceptuales que, dentro de los anteriores ámbitos, resultan pertinentes para el correspondiente juicio de abusividad de la cláusula predispuesta. Caso, por ejemplo, de la valoración acerca de lo que deba considerarse o definirse como **<<objeto principal del contrato>>** (artículo 4.2 de la Directiva).

No obstante, sin perjuicio de la anterior precisión, resulta claro que los ámbitos de formación y validez del contrato, desarrollados por el Derecho contractual nacional, pueden estar relacionados o conexos al juicio de abusividad por distintas razones. Entre otras, por presentar una concordancia o desarrollo complementario de los parámetros conceptuales expresamente previstos por la Directiva (artículo 3.1), o por constituir **<<elementos añadidos>>** de cara a la apreciación del carácter abusivo (artículo 4.1). Pero también porque la apreciación de dicho carácter abusivo de la cláusula, sobre algún elemento esencial, comporte indirectamente la nulidad del contrato conforme al Derecho nacional (artículo 6.1), o bien, en su caso, porque la infracción de la normativa

nacional, comporte directamente la meritada nulidad del contrato (caso de la nulidad derivada del préstamo usurario). Todos estos supuestos, dentro del marco de la mejor o más beneficiosa <<protección del consumidor>>.

De lo anteriormente señalado, se desprende la pertinencia de que el presente informe aborde la figura del <<**objeto del contrato**>> en nuestro Derecho nacional, tanto con relación a su esquema general o básico, como respecto de aquellos elementos técnicos que lo precisan o clasifican, especialmente de cara a los <<**elementos esenciales del contrato**>> (essentialia negotii), y a la <<**tipicidad contractual**>> como fuente de su régimen jurídico.

2.Planteamiento del debate

Resulta relevante precisar que el planteamiento del debate, habida cuenta del pronunciamiento del TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos C-224/19 y C-259/19, se suscita a raíz del auto del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2021, por lo que los argumentos que desarrolla deben analizarse en <<**conexión**>> con las peticiones de decisión prejudicial que se formulan en la parte dispositiva del citado auto.

Como pronto se observa, de las peticiones formuladas, solo la <<**primera**>> y la <<**tercera**>> (que no deja de ser un trasunto de la primera), resultan determinantes para la controversia planteada, esto es, si la comisión de apertura debe considerarse un elemento principal del contrato de préstamo hipotecario y, por tanto, no susceptible del juicio de abusividad por el posible desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes; lo que inicialmente se denominaba como control de contenido. Dado que la petición <<**segunda**>> ya parte, valga la redundancia, de una <<**petición de principio**>>, pues considera que la comisión de apertura constituye un elemento esencial del contrato, por lo que la pregunta que se infiere de dicha petición ya ha sido contestada, <<**de forma clara y reiterada**>> por la jurisprudencia del TJUE, es decir, los <<**elementos esenciales**>> del contrato están sujetos al juicio de abusividad por falta de transparencia y, además, el hecho de que la cláusula que establece la comisión de apertura sea clara y comprensible <<**no determina por sí solo**>> que dicha comisión de apertura constituya un elemento

principal del contrato, pues se trata de parámetros conceptuales distintos y diferenciados.

A su vez, abundando en el alcance del planteamiento del debate suscitado por el propio Tribunal Supremo, y en orden a la <<**inseguridad jurídica**>> que el alto Tribunal, o al menos su Sección Segunda, afirma que se deriva de la sentencia del TJUE (apartado 11 del fundamento de Derecho quinto del citado auto), debe precisarse lo siguiente.

En primer lugar, y de acuerdo con el régimen de admisibilidad general de la petición de cuestión prejudicial, debe señalarse que la formulada por el Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca, no solo contó con la <<**presunción de pertinencia**>> (entre otras, **STJUE de 30 de mayo de 2013**, asunto C-604 /11), sino que, además, dado el pronunciamiento resuelto por el TJUE, <<**dispensó**>> los <<elementos de hecho y de derecho>> necesarios para que dicho Tribunal pudiera responder <<**de manera útil**>> a las cuestiones planteadas (entre otras, **SSTJUE de 26 de enero de 2017**, asunto C-421/17 y **de 27 de septiembre de 2017**, asunto C-186/16).

En segundo lugar, estrechamente relacionado con lo anterior, y pese a la denuncia de distorsión de la información facilitada acerca de la normativa interna, que recoge el citado auto del Tribunal Supremo, hay que <<**indicar**>> que la meritada **Ley 2/2009 del 31 de marzo**, sobre contratación de préstamos o de créditos hipotecarios, que realza el citado auto en orden a dicha argumentación, no solo fue objeto de un <<**específico desarrollo**>> en la propia **STS 44/2019**, fundamento de Derecho tercero, **apartados 12 y 16**, sino que necesariamente fue objeto de la posterior valoración que realizó el TJUE; además de integrar, de forma expresa, el <<**marco jurídico del Derecho nacional**>> que específicamente examinó el TJUE (**apartado 23, de la STUE de 16 de julio de 2020**).

En todo caso, hay que tener en cuenta que, estas preliminares precisiones también cobran especial importancia de cara al <<**posicionamiento actual**>> que deben adoptar los órganos jurisdiccionales nacionales, tras la petición de decisión prejudicial realizada por el Tribunal Supremo español. **En este sentido**, no cabe duda que la cuestión prejudicial del órgano remitente contó, como se ha

señalado, tanto con la presunción de pertinencia, como con su <<razón de utilidad>>, para que el TJUE se pudiera pronunciar al respecto y con ello <<modificara>> la jurisprudencia nacional establecida por el propio Tribunal Supremo en la sentencia 44/ 2019.

De forma que, conforme al **artículo 288 TFUE**, tal y como nos recuerda la reciente **STJUE de 5 de marzo de 2020**, asunto C-679/18, apartados 41 y siguientes, la **STJUE de 16 de julio del 2020** constituye un referente <<necesario e imperativo>> en orden a la interpretación del Derecho nacional que deben realizar los <<Tribunales nacionales>> para ajustar dicha interpretación al sentido y efectividad del Derecho de la Unión y de sus Directivas. Por lo que establecida la <<razón de incompatibilidad>> de lo resuelto por el TJUE y lo decidido por el Tribunal Supremo, con relación a la comisión de apertura como elemento accesorio y no principal del contrato de préstamo, hay que acordar que a los Tribunales nacionales <<no les es dable la opción de la prevalencia>> de la jurisprudencia nacional sobre el Derecho de la Unión así interpretado, pues ello comportaría una <<infracción directa>> del principio de primacía del Derecho de la Unión (**artículo 4 bis LOPJ**).

Descartada la aplicación preferente de la STS 44/2019 sobre la jurisprudencia dictada por el TJUE, los órganos jurisdiccionales nacionales solo pueden optar por la suspensión del procedimiento entablado, en la medida en que el auto del Tribunal Supremo aporte algún <<dato>>, sobre los elementos de hecho y de Derecho de la cuestión debatida, que suscite <<una duda razonable>> sobre la conformidad de lo resuelto por el TJUE en el marco de la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13.

En los apartados siguientes, vamos a argumentar que esta duda razonable <<no tiene consistencia significativa>> en la formulación del auto del Tribunal Supremo, a tenor de la propia configuración del Derecho de la Unión Europea, del Derecho nacional aplicable y de la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo en el ámbito del juicio de abusividad del préstamo hipotecario.

3.La comisión de apertura como elemento no integrante del <<objeto principal>> del contrato de préstamo hipotecario

3.1 Norma armonizada: definiciones y criterios conceptuales

Como se ha subrayado desde los anteriores criterios metodológicos, la cuestión acerca de la comisión de apertura como posible elemento integrante del objeto principal del contrato queda condicionada, **ab initio**, por la primacía del Derecho de la Unión Europea. Esta prevalencia del Derecho de la Unión se sustenta en el ámbito de competencia y armonización que delimitan sus valores y principios, (TFUE) y se **<<concreta>>** en el marco de las **<<normas armonizadas>>** de sus Directivas, especialmente de sus **<<definiciones y criterios conceptuales>>** que posibilitan una interpretación **<<autónoma y uniforme>>** en todo el territorio de la Unión Europea (entre otras, **STJUE 30 de abril de 2014**, asunto C-26/13).

En este sentido, no cabe duda de que el préstamo hipotecario, comercializado mediante condiciones generales, queda sujeto y comprendido en el ámbito de aplicación de la **Directiva 93/13/CEE**, particularmente respecto de sus **<<normas armonizadas>>** según el alcance o extensión que determinen sus **<<propias definiciones>>** o, en su caso, el **<<correspondiente desarrollo>>** de las mismas dado por la jurisprudencia del TJUE; por lo que los Estados miembros, y **sus órganos jurisdiccionales**, deben sujetarse al marco de aplicación conceptual y operativo que dichas definiciones determinen (entre otras, **STJUE de 14 de junio de 2012**, asunto C-618/10).

Máxime, si cabe, dada la **<<conectividad>>** que presenta la Directiva 93/13, que resulta **<<de aplicación imperativa>>**, no solo para el préstamo hipotecario con consumidores, sino también para el **<<crédito al consumo>>** en la Unión Europea, **STJUE de 20 de septiembre de 2018**, asunto C-448/17.

En esta misma línea, tampoco cabe duda alguna, dentro de este contexto de interpretación, acerca de la **<<aplicación plena del artículo 4.2 de la Directiva 93/ 13>>** en nuestro Derecho nacional como **<<norma armonizada>>**. Calificación que ha sido resaltada, **<<con claridad meridiana>>** por nuestro Tribunal Supremo en numerosas ocasiones para referir la improcedencia de un

<<control judicial>> de los elementos esenciales del contrato, de su objeto principal, bajo la significativa ecuación de: precio y prestación. Caso, entre otras muchas, como se ha señalado, de la reciente STS 660/2020, de 10 de diciembre, que declara lo siguiente:

<<[...] Esta sala, en la interpretación del Derecho nacional, ha considerado que dicho precepto ha sido transpuesto de manera indirecta o implícita por la nueva redacción del art. 10 bis 1.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al transponer la Directiva en 1998: donde antes la ley se refería al "justo equilibrio de las contraprestaciones", tras la reforma aludía al "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes", de conformidad con los arts. 3 y 4.2 de la Directiva. Lo mismo establece hoy el art. 82 del Texto Refundido de 2007 de esa Ley. Por lo tanto, se desplaza el control desde una hipotética vigilancia del desequilibrio económico (de las prestaciones u objetos que se intercambian) a una revisión del desequilibrio jurídico de derechos.

Así lo hemos declarado en las sentencias 406/2012, de 18 de junio; 241/2013, de 9 de mayo (especialmente, apartado 195); 669/2017, de 14 de diciembre; y 44/2019, de 23 de enero. Además, esta última cita las SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei. En concreto, afirma en el apartado 21 del fundamento jurídico tercero:

"No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del art. 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión "justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones" en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como han declarado las sentencias de esta sala 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre) y de la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, representada por las sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei".

3.- **Por consiguiente, no hay necesidad de plantear cuestión prejudicial, puesto que la jurisprudencia del TJUE es clara (sobre el acto claro o aclarado, véase la STJ de 6 de octubre de 1982, Cilfit), al determinar que solo cuando no se supera el control de transparencia es cuando se puede realizar el control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato (precio y prestación). Y, sobre todo, porque la interpretación de la legislación nacional a efectos de decidir si el art. 4.2 de la Directiva ha sido transpuesto, es una cuestión de Derecho interno cuya interpretación corresponde a los jueces nacionales, no al TJUE>>. (Énfasis añadido).**

3.2 La configuración del <<objeto principal>> del contrato en los planos de análisis del Derecho nacional y de la Norma Armonizada: Su referencia a un <<esquema jurídico básico>> y su integración en el juicio de abusividad (artículo 4.2 de la Directiva)

La configuración del <<objeto principal>> del contrato, como formulación conceptual, se proyecta en la Directiva 93/13 CEE en <<dos planos

secuenciales>> claramente delimitados que, en ningún caso, resultan comprensivos de las comisiones bancarias en el contrato de préstamo hipotecario.

En efecto, en un primer plano, **artículo 4.1 de la Directiva**, su referencia queda <<subsumida>> en el ámbito general de la <<formación y validez del contrato>>, propia y concordante con los esquemas del Derecho contractual de los Derechos nacionales. En este primer plano su referencia es, por tanto, <<genérica>>, mediante una definición descriptiva del objeto del contrato acorde con un esquema jurídico básico, esto es, en atención <<a la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato>>, tal y como reza la formulación del artículo 4.1 de la Directiva.

En este primer contexto, de forma descriptiva se considera como objeto del contrato a las <<cosas>> o <<bienes>> y a los <<servicios>> a que el contrato se refiera; como decía **De Castro**: a <<la realidad social acotada como base>> (El negocio jurídico, página 53 y ss, Madrid 1985). **En esta línea de pensamiento**, como recalcará **Díez-Picazo** (Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo 1, páginas 197 y ss, Madrid 1996), se desenvuelve el **artículo 1261 del Código Civil**, que refiere el objeto a <<la materia del contrato>>, y los **artículos 1271 y 1272 del mismo Cuerpo Legal**, que disponen que pueden ser objeto del contrato <<las cosas y los servicios>>. Ello comporta, tal y como señalara **Díez-Picazo**, que: <<el objeto de los contratos de depósito, préstamo y comodato, conforme a su tipicidad, sean las cosas que se depositen o se presten>>.

Desde esta perspectiva, se comprende que los <<elementos esenciales>>, (essentialia negotii), o si se quiere, con ciertas matizaciones, el <<contenido esencial>> del contrato de préstamo, se ajuste al marco sintético de una ecuación que refiera su <<función típica>>, tal y como dispone el **artículo 1740 CC**, a saber, con carácter general al <<binomio>>: entrega de dinero o capital y posterior devolución por el prestatario; o con carácter particular, si se han pactado expresamente intereses (**artículo 1755 Código Civil**), al <<trinomio>>: entrega de dinero, posterior devolución, más pago de los intereses pactados.

En parecidos términos, los **artículos 312 y 314 del Código de Comercio**.

Sin embargo, en un segundo plano de análisis, **el artículo 4.2 de la Directiva** se proyecta con un claro alcance **<<armonizador>>**, acorde con los principios de la Directiva que informan su **<<ratio legis>>**.

En este sentido, se observa con claridad que la regulación del citado precepto **<<ya no se corresponde estrictamente o queda subsumida>>** en los ámbitos señalados del Derecho de la contratación: bienes y servicios objeto del contrato, consideración de todas las circunstancias concurrentes e interpretación sistemática del contrato, pues más allá de estos ámbitos generales, **<<su sentido es otro>>**, al proyectarse de un modo más concreto, como una **<<auténtica delimitación del propio juicio de abusividad>>**.

Este nuevo marco de armonización, en donde juega el mandato del artículo 4.2 de la Directiva, responde al **<<principio de autonomía de la voluntad>>** o de **<<libertad económica>>** que constituye uno de los principios fundacionales del Derecho de la Unión Europea, en la medida en que posibilita sustentar las reglas básicas de su **<<orden público económico>>**, (libertad de mercado, de empresa y de contratación) y, a su vez, el correcto **<<funcionamiento y competencia>>** de su **mercado interior**; en nuestro caso del mercado financiero. A este sentido responden, en última instancia, el alcance armonizador del TFUE en sus **artículos 3.1, apartado b)** (mercado interior) y **120** (economía de mercado abierta y libre contratación).

En consecuencia, la libertad de pacto sobre precios, en nuestro caso, sobre el **<<interés remuneratorio>>** constituye una **<<expresión o proyección inescindible>>** de los citados principios, particularmente de la libertad de contratación de las partes, en función de las condiciones de competencia del mercado financiero. Libertad de pacto sobre **<<el precio del producto o servicio>>** que también **<<viene reconocida en nuestro ordenamiento jurídico>>**, de manera especial al amparo del **artículo 1255 del Código Civil** (libertad de pacto), del **artículo 315 del Código de Comercio** (libertad de precio del interés) y del **artículo 4.1 de la Orden EHA /2899 /2011, de 28 de octubre** (libertad de tipos de interés).

En este sentido resulta <<incontroversible>> que la disposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 fue incorporada sobre la base del principio de libertad económica a los efectos de <<excluir>>, del control de abusividad, todo aquello que resultara directamente de la propia <<libertad contractual de las partes>>, esto es, que respondiera al <<núcleo>> de la relación contractual, (essentialia negotii), siempre que se hubiera contemplado de manera clara y comprensible para el consumidor, <<principio de transparencia>> (entre otras, **STJUE 12 de febrero de 2014**, asunto C-26/13).

Desde esta nueva perspectiva, se comprende el <<distinto sentido>> de las definiciones y conceptos que determinan el contexto armonizador de la excepción prevista en el citado artículo 4.2 de la Directiva que conduce, incluso en la propia terminología del Tribunal Supremo (la citada **STS 660/2020 de 10 de diciembre**) a una nueva <<ecuación sintética>> de los elementos esenciales del contrato, ahora bajo el binomio: <<precio/prestación>>.

Este contexto de armonización ha sido ya plenamente desarrollado por la jurisprudencia del TJUE, particularmente con significativa claridad en su **sentencia de 26 de febrero de 2015**, asunto C-143/13, apartados 47 y 48, que establece, por un lado, la <<conexión>> entre los conceptos de <<objeto principal>> y de <<precio>> y, por el otro, la exclusión de dichos conceptos del <<coste total del crédito>> (concepto que incluye las comisiones), **al ser objeto este último concepto, de otro objetivo o función de la Directiva: el denominado principio de transparencia; todo ello en los siguientes términos:**

<<[...]

47 *Por otra parte, el alcance exacto de los conceptos de «objeto principal» y de «precio», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede establecerse mediante el concepto de «coste total del crédito para el consumidor», en el sentido del artículo 3, letra g), de la Directiva 2008/48.*

48 *En efecto, este último concepto está definido de manera particularmente amplia, de manera que la suma total de todos los costes o gastos a cargo del consumidor que correspondan a pagos efectuados por este último tanto al prestamista como a terceros se mencione claramente en los contratos de crédito al consumo, pues tal obligación formal participa del objetivo principal de transparencia perseguido por la citada Directiva.>> (Énfasis añadido).*

En esta misma línea, la **STJUE de 20 de septiembre de 2017**, asunto C-186/16 literalmente declara lo siguiente:

<<[...]

38 *A este respecto, ha de señalarse que, mediante un contrato de crédito, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este último se compromete, a su vez, principalmente a reembolsar, generalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos. Las prestaciones esenciales de este contrato se refieren, pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada. Por lo tanto, como el Abogado General ha señalado en los puntos 46 y siguientes de sus conclusiones, el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesorio de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo.>> (Énfasis añadido).*

En parecidos términos, la ya citada **STJUE de 30 de abril de 2014**, asunto C-26/13, apartado 54, declara lo siguiente:

<<[...] **54** *En ese sentido, de los términos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 resulta que esa segunda categoría de cláusulas cuyo posible carácter abusivo no cabe apreciar tiene un alcance reducido, ya que esa exclusión sólo abarca la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.>> (Énfasis añadido).*

A mayor abundamiento, también hay que resaltar, tal y como se desprende de esta última sentencia, y particularmente de la citada **sentencia de 26 de febrero de 2015**, que es doctrina reiterada del TJUE, que la delimitación que contempla el artículo 4.2 de la Directiva debe ser objeto de una **<<interpretación estricta>>**, toda vez que establece una excepción al mecanismo de control de fondo de las cláusulas abusivas. Lo que comporta, entre otros extremos, que el precio del préstamo se interprete restrictivamente conforme al **<<interés remuneratorio pactado>>**, sin que pueda extenderse a otras posibles partidas del coste del préstamo, caso de la comisión de apertura y de otras posibles, que resultan excluidas en la excepción prevista y, por tanto, **<<sujeta directamente al juicio de abusividad>>**.

En fin, por último debe señalarse que este contexto de interpretación de las definiciones y conceptos que determinan el alcance armonizador de la excepción prevista en el artículo 4.2 de la Directiva <<concuerta>>, conforme a la citada **STJUE de 26 de febrero de 2015**, con la normativa tanto europea como nacional aplicable que, en ningún caso, bien al referir el concepto de <<coste total del crédito>> o el de <<Tasa Anual Equivalente (TAE)>>, **confunden** la distinta naturaleza del <<pago de los intereses>>(precio de compra), **con la incidencia de otros conceptos referidos a <<comisiones, impuestos y otros gastos>>**, que puedan correr a cargo del consumidor (entre otras, **Directiva 2008/48/CEE**, artículo 3, apartados g), i) y j) y artículo 19.2; **Ley de Contratos de Crédito al Consumo 16/2011, de 24 de junio**, artículos 6, 10.3 y 12.2. Así como también la **Ley de Contratos de crédito inmobiliario, 5/2019, de 15 de marzo**, que en su artículo 4 sigue las definiciones de la citada Ley de crédito al consumo.

4. Análisis crítico del auto del Tribunal Supremo de 10 de septiembre del 2021

Conforme a lo anteriormente desarrollado, y con el respeto debido, el análisis crítico del citado auto debe destacar las insuficiencias <<metodológicas, conceptuales y argumentativas>> que se observen.

De un modo sintético, pueden quedar expuestas de la siguiente forma.

En el plano metodológico y conceptual, en primer término, la principal incorrección que se observa es el <<erróneo>> punto de partida sobre el que se sustentan los principales postulados, tanto de la STS 44/2019, como del auto de 10 de septiembre.

En efecto, si atendemos a la STS 44/2019, fundamento de Derecho tercero, apartados 11 y siguientes, así como al citado auto, fundamento de Derecho cuarto, se observa que ambas resoluciones justifican el tratamiento específico de la comisión de apertura y, por tanto, su diferenciación de otras comisiones, en la <<normativa de transparencia bancaria>>, en la medida en que dicha comisión debe devengarse <<una sola vez>> y, asimismo, <<englobar>>

cualquier gasto de estudio, concesión o tramitación del préstamo crédito hipotecario. Este tratamiento diferenciado constituye, en la argumentación de ambas resoluciones, un **<<paso previo y necesario>>** para su posterior consideración como una posible partida del precio del préstamo.

Sin embargo, como se ha destacado al hilo de las significativa **STJUE de 26 de febrero de 2015**, lo que ocurre en el plano metodológico y conceptual es que este **<<paso previo no resulta correcto>>**, pues el principio de transparencia **<<no opera o tiene como función>>** la decantación de los conceptos y definiciones que determinan el contexto armonizador de la excepción prevista en el artículo 4.2 de la Directiva, esto es, el significado y alcance de lo que deba entenderse o considerarse como **<<objeto principal del contrato>>**, pues tan solo opera como un presupuesto necesario para que dicha excepción sea, a su vez, excepcionada, cuando se dé una falta de transparencia precisamente en la comprensibilidad de dichos elementos esenciales del contrato y se admita, entonces, el pertinente juicio de abusividad, por el desequilibrio de los derechos y obligaciones entre las partes.

En consecuencia, la pretendida especificidad y diferenciación de la comisión de apertura, respecto de otras posibles comisiones o gastos, sobre la base de la normativa de transparencia, **<<carece de sustento conceptual o referencial>>**, para justificar su posible consideración de elemento principal del contrato de préstamo. Máxime cuando tanto la STS 44/19, como el auto de 10 de septiembre, apartado 14 del fundamento de Derecho tercero y apartado 9 del fundamento de Derecho cuarto, respectivamente, resaltan, literalmente, lo siguiente:

<<[...]14.- La normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar su transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existencia e inclusión en el cálculo de la TAE), pero no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia [...]>> Énfasis añadido).

En segundo término, la pretendida justificación de la comisión de apertura como parte integrante o partida del elemento principal del contrato de préstamo, sobre la base de su consideración de ser una actuación **<<inherente a la**

actividad de la entidad financiera para la concesión de un préstamo>>, argumento que desarrollan ambas resoluciones, **apartado 16 de la STS/44/2019 y apartado 3 del citado auto**, incurre en el mismo error metodológico y conceptual, pues la normativa europea objeto de interpretación, esto es, la **Directiva 93/13**, que es sobre la que se pregunta en el citado auto, a diferencia de la normativa en que se basa dicha justificación (Circular 8/1990, Circular 5/1994 y Ley 2/2009, tal y como se argumenta en ambas resoluciones), no tiene como función la regulación de los denominados **<<servicios financieros>>**, sino que, tal y como reza su rúbrica, su regulación se dirige a la **<<contratación con consumidores bajo condiciones generales>>**. Por lo que, necesariamente, la decantación armonizada de sus conceptos y definiciones **<<orbita en el ámbito del Derecho de la Contratación y no en la normativa específica y diferenciada de los servicios financieros y de sus definiciones>>**.

En tercer término, desde esta perspectiva metodológica y conceptual, la cuestión debatida queda resuelta si nos planteamos, simplemente, **¿cómo es posible que la comisión de apertura sea en realidad un elemento del objeto principal del contrato, o si se quiere, una actividad inherente a toda concesión del préstamo y, por tanto, un elemento esencial, cuando en numerosas ocasiones no forma parte de la oferta crediticia, esto es, resulta meramente facultativa para la entidad bancaria?**

La respuesta es sencilla: ello es así porque dicha comisión de apertura, al igual que el resto de comisiones, no constituyen elementos esenciales para la propia existencia y validez del préstamo concedido. **Negar esto, es negar la evidencia de la lógica jurídica y financiera en la concesión de créditos y préstamos hipotecarios.**

En el plano de la argumentación, de forma sintética, resultan destacables las siguientes contradicciones.

En primer término, como ya se ha puesto de manifiesto en la cita de la **STS 660 /2020, del 10 de diciembre**, el Tribunal Supremo, **de forma reiterada** (entre otras, **STS 590/2020, de 12 de noviembre**, así como las restantes sentencias relativas al IRPH) ha realizado el control de contenido de abusividad del artículo

4.2 de la Directiva, respecto de los elementos esenciales del contrato, **<<únicamente con relación al binomio precio/prestación>>** del contrato de préstamo, sin referencia alguna a la comisión de apertura como posible elemento esencial. **Es más**, consideró en última instancia, que el IRPH como mero índice de referencia, esto es, diferenciado de la TAE (que sí que puede incluir comisiones), no resultaba abusivo o desproporcionado en comparación con otros índices en los que tampoco opera la comisión de apertura, caso del Euribor. Por lo que el precio del crédito se establecía, en todo caso, con relación a un índice variable de los **<<intereses a pagar>>**.

En segundo término, al hilo de la normativa sobre transparencia que sigue el auto de 10 de septiembre, se incurre en una flagrante contradicción argumentativa (apartados 8 y 9). **En este sentido**, el auto cita las **SSTJUE de 3 de octubre de 2019 y de 3 de septiembre de 2020, para destacar, y esto es lo que resulta contradictorio que, para el juicio de transparencia, el profesional no viene obligado a precisar la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los <<gastos>> puestos a cargo del consumidor, como la <<comisión o gastos de apertura>>, si la naturaleza de estos servicios puede deducirse razonablemente del contrato en su conjunto.**

Pues bien, aparte de que en ambas sentencias las comisiones vienen referidas conceptualmente **como <<gastos>> (no como precio del contrato), <<mal encaja>>** con la consideración de un elemento principal del contrato, una partida, como la comisión de apertura, que no sea objeto de precisión o detalle de un modo directo y específico, como lo es el precio del contrato. **La razón de fondo** no es otra que dichos servicios no constituyen el objeto principal del contrato y su precio, con independencia de que deban quedar reflejados, por mor de la transparencia, en la correspondiente TAE y, en su caso, en el coste total del crédito.

5. El deber de <<evaluación de la solvencia>> del prestatario

Aunque no constituye el objeto del presente estudio, interesa dedicar una breve referencia al requisito de justificar el servicio realizado en la comisión de apertura. **En ambas resoluciones, STS 44/2019 y auto de 10 de septiembre,**

el argumento de mayor peso es, como se ha señalado, una petición de principio, esto es, **la comisión de apertura como elemento esencial del contrato, no puede estar sujeta al juicio de abusividad.**

Sin embargo, fuera de esta conclusión que valoramos del todo errónea, lo cierto es que ambas resoluciones destacan que la solvencia del deudor, es decir, su **<<evaluación>> constituye un elemento primordial**, no solo para la concesión del crédito, **sino también para las normativas sobre <<solvencia bancaria>> y protección del consumidor frente al riesgo de <<sobreendeudamiento>>.**

También resulta cierto y pertinente, tal y como destaca la reciente **STJUE de 5 de marzo**, asunto C-679/18, señalar el carácter de auténtico deber para el prestamista que tiene la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, a tenor de la propia Directiva 2008/48/CEE (artículo 8), así como a tenor del Derecho nacional aplicable (entre otras, Ley de Crédito al Consumo, artículo 14 y Ley de Crédito Inmobiliario, artículo 11), sobre todo, si se tiene en cuenta que **el citado artículo 11, en su apartado segundo**, ya dispone que el coste de estos procedimientos de evaluación **<<no podrán repercutirse al potencial prestatario>>.**

En este contexto, si se **<<descarta>>** que la comisión de apertura constituya en realidad un elemento integrante del objeto principal del contrato, lo que sin duda, como ya se ha señalado, concuerda con la interpretación restrictiva que realiza el TJUE respecto de los elementos esenciales del contrato, a los efectos de favorecer la protección de los consumidores mediante el juicio de abusividad, **<<se tiene en cuenta>>** la relevancia que el procedimiento de evaluación de la solvencia tiene respecto de otras posibles actividades que puedan integrar la comisión de apertura (tales como: estudio de la solicitud, preparación del contrato, evaluación de las garantías presentadas o entrega del dinero, entre otras), y además se **<<valora>>** que el coste de dicho procedimiento de evaluación no puede ser repercutido al consumidor; la **<<posición sustentada>>** tanto por la **STS 44/2019**, como por el **auto de 10 de septiembre**, acerca de la no obligación del prestamista de justificar los servicios realmente realizados en el marco de dicha comisión de apertura, con argumentos tales como: **que la mayoría de dichas actuaciones resultan exigibles por la normativa bancaria, o que su justificación implicaría dificultades prácticas**

para la entidad bancaria (apartados 18 y 19 de la STS 44/2019), carecen de justificación, tanto con relación al juicio de abusividad por desequilibrio de los derechos y obligaciones entre las partes, como con relación al juicio de abusividad derivado del principio de buena fe, que expresamente exige su información.

Por lo que la entidad financiera debe <<justificar e informar>> al consumidor acerca de la realidad de los servicios prestados, al margen del procedimiento de evaluación de la solvencia, y del <<coste efectivo>> que vaya a repercutir al consumidor por dichos servicios, tanto si finalmente el crédito es concedido, como si no lo es.

CONCLUSIONES

1ª.- Conforme a la primacía del Derecho de la Unión Europea, según su interpretación y aplicación por la jurisprudencia del TJUE, de los artículos 3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE se infiere que la comisión de apertura no forma parte integrante del <<objeto principal>> del contrato de préstamo hipotecario.

2ª.- Dicha conclusión resulta plenamente concordante con el Derecho nacional, y la doctrina científica que lo desarrolla, en los ámbitos conceptuales y técnicos que delimitan el objeto del contrato conforme a los parámetros de sus elementos esenciales y de tipicidad contractual.

3ª.- En consecuencia, conforme a la prevalencia de la jurisprudencia del TJUE, la comisión de apertura, como elemento accesorio, queda sujeta a juicio de abusividad por el posible desequilibrio de derechos y obligaciones que origine entre las partes contratantes.

4ª.- El auto del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2021, no aporta datos relevantes que resulten justificativos de una duda razonable en orden a la suspensión de la aplicación de la STJUE de 16 de julio de 2020.

Y para que conste a los efectos oportunos, se emite el presente Dictamen Jurídico, salvo mejor opinión, de acuerdo con lo expuesto en el artículo 335.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y demás normativa aplicable, manifestando el firmante que suscribe bajo promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito.

En Valencia, a 10 de enero de 2022

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Fco. J. Orduña', with a stylized flourish at the end.

Fdo. Francisco Javier Orduña Moreno

Exmagistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia