



Circular de Litigación II / 2023

Contenido

Normativa.....	3
Jurisprudencia destacable	6
Servicios de pago. Obligación del proveedor de servicios de pago de facilitar los datos solicitados por el ordenante de la persona beneficiada de una operación de pago	6
Carácter usurario de la tarjeta cuando el interés puede ser modificado por la entidad acreedora sin sujeción a un índice legal. La usura afectará exclusivamente desde el momento en que la acreedora fijó unilateralmente una TAE a un tipo de interés notablemente superior al normal del dinero en ese momento.	7
Preclusión y cosa juzgada.....	8
Plusvalía municipal.....	8
El derecho de propiedad privada y la obligación de consentir las obras necesarias en una comunidad de propietarios	9
Acción social de responsabilidad. Imputación objetiva: determinación de la fecha a partir de la cual el daño al patrimonio social es causalmente imputable a los consejeros demandados	10
Retraso desleal	10
La pretensión de nulidad de la renuncia a la notificación al deudor cedido en relación con la calificación de la cláusula como referida a una cesión del contrato: la distinción entre la cesión del crédito y la cesión del contrato y la notificación al deudor en la cesión de créditos	11
Publicaciones.....	13
La futura autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero	13
Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de marzo de 2023, sobre determinadas cuestiones prejudiciales planteadas en materia de abusividad de la cláusula de comisión de apertura contenida en préstamos hipotecarios	19

Normativa

Proyecto de Ley por el derecho a la Vivienda

El pasado 27 de abril el Congreso de los Diputados aprobaba el [Proyecto de Ley de Vivienda](#) -PdL en adelante- para su remisión al Senado. Su contenido, objeto de enraizado debate parlamentario y de indudable relevancia práctica, puede estructurarse en los siguientes grandes bloques:

Concepto de gran tenedor

El nuevo texto legal introduce una modificación significativa en relación con el concepto de gran tenedor. La nueva definición dada a este concepto engloba a aquellos propietarios con diez o más inmuebles de uso residencial urbano o una superficie construida de más de 1.500 metros cuadrados de uso residencial. En las calificadas zonas tensionadas, bastará con ser titular de al menos cinco inmuebles para tener la consideración de gran tenedor, excluyendo garajes y trasteros en ambos casos. La novedad estriba en que, con anterioridad a los cambios introducidos por el PdL, se consideraba como gran tenedor

Zonas tensionadas

El PdL articula gran parte de su contenido también en torno al concepto de zona tensionada. Así, según la nueva ley de vivienda, obtendrán esta calificación aquellos territorios en que se dé alguno de los siguientes requisitos: (i) el precio del alquiler se haya visto incrementado de forma acumulada al menos en 3 puntos más que el Índice de Precios al Consumo -IPC en lo que sigue- de la respectiva comunidad autónoma; (ii) que el coste medio de la hipoteca o del alquiler más los gastos y suministros básico supere el 30% de la renta media de los hogares.

Esto supone una novedad, pues anteriormente se exigía la concurrencia de ambos requisitos de manera simultánea para que una zona fuese calificada como tensionada. Por medio de esta laxitud en cuanto a la apreciación de los requisitos, se estaría favoreciendo el reconocimiento de zonas tensionadas en aras de brindar una mayor protección a los arrendatarios.

Precios del alquiler. Sustitución del IPC

En relación con los **precios del alquiler**, el texto recoge que durante el año 2023 no podrán aumentarse en más de un 2%. A partir del año 2024 dicho porcentaje ascenderá mínimamente hasta el 3%, y no será hasta 2025 cuando se cree un nuevo índice cuyo principal objetivo es el de ser menos sensible a las variaciones de la evolución del IPC. Este nuevo índice será establecido por el Instituto Nacional de Estadística antes del 31 de diciembre de 2024.

Gastos de gestión y posibles beneficios fiscales

Por lo que se refiere a los **gastos de gestión inmobiliaria y formalización del contrato**, éstos serán de cuenta del arrendador. Como contrapartida a lo anterior, los arrendadores cuyo inmueble se encuentre en una zona tensionada podrán acogerse a un **beneficio fiscal** en relación con el IRPF que podrá oscilar entre el 50% y el 90% siempre que reduzcan la renta de su arrendamiento en, al menos, un 5%. Por medio de este mecanismo se persigue persuadir a los arrendadores para ofertar un alquiler de vivienda más asequible para los arrendatarios.

Penalización para las viviendas vacías

Se implementan medidas para fomentar el alquiler de viviendas que hayan estado desocupadas por un periodo superior a 2 años y para propietarios con 4 o más viviendas en el mismo municipio.

Como parte de esta iniciativa, se ha permitido a los ayuntamientos aumentar la recaudación por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) de las viviendas vacías con un recargo que puede alcanzar hasta el 150%. Se espera que esta medida incentive a los propietarios a alquilar sus viviendas vacías y, de esta manera, contribuyan a reducir la falta de oferta de viviendas en el mercado de alquiler.

Procedimiento de desahucio y personas en situación de vulnerabilidad

Finalmente, otro de los grandes ejes de la nueva regulación de la vivienda es el relativo a los **desahucios o lanzamientos**. A partir de la entrada en vigor de la nueva ley, las resoluciones judiciales que tengan por objeto el señalamiento de un lanzamiento deberán contener el día y la hora exacta en que se producirá el mismo, poniendo fin de esta manera a los lanzamientos sin fecha y hora predeterminada.

Asimismo, se fija como requisito esencial para la admisión de las demandas de ejecución hipotecaria el **sometimiento previo a un procedimiento de conciliación o intermediación** entre el deudor hipotecario que se encuentre en situación de vulnerabilidad y el acreedor hipotecario que ostente la condición de gran tenedor.

Nueva Ley de Atención al Cliente

El Pleno del Congreso aprobó también el pasado 27 de abril el [Proyecto de Ley de Servicios de Atención al Cliente](#) cuyo objetivo fundamental es paliar las deficiencias detectadas en la prestación de este tipo de servicios por parte de las grandes empresas y mejorar así la protección de los consumidores para garantizar sus derechos. La norma aprobada en el Congreso de los Diputados tendrá que pasar ahora por el Senado para que se publique en el BOE.

La norma regula la atención robótica y limita el tiempo para ser atendido telefónicamente a tres minutos en servicios generales de información, reclamación y postventa, una reducción de tiempos que también

beneficiará a las personas afectadas por incidencias en servicios básicos de continuidad como la luz, el agua o el gas.

Según la nueva ley, las empresas con más de 250 empleados o un volumen de negocio de 50 millones de euros deberán disponer obligatoriamente de un sistema de atención al cliente. Este servicio deberá ser personalizado con el objetivo de atender las quejas y reclamaciones de los consumidores, así como cualquier incidencia contractual.

El horario de estos servicios variará, todas las empresas tendrán que ofrecer atención al cliente durante su horario habitual, mientras que las que suministren servicios esenciales como agua, gas, electricidad e internet deberán garantizar un centro de atención telefónica 24 horas al día, durante los 365 días al año. A través de esta ley también se permitirá que todas las reclamaciones se resuelvan en un plazo inferior a quince días.

En cuanto a los límites al uso de contestadores automáticos con los que las empresas se relacionan con los consumidores, la nueva ley determina que la atención deberá ser personalizada, es decir, prohíbe la atención robótica, cuando el cliente así lo solicite. El texto también recoge garantías para la atención a personas vulnerables y con discapacidad, que podrán elegir el formato de comunicación con el servicio de atención a la clientela, y obliga a hacer pública la evaluación de los clientes de la atención recibida. No obstante, esta ley no aplica a todas las empresas. Las grandes empresas públicas y privadas tienen que funcionar con este sistema. Sin embargo, hay servicios públicos que están exentos por no considerarse servicios de pago directo que ofrece el SEPE (Servicio Público de Empleo Estatal) o la Seguridad Social pese a encontrarse en numerosas ocasiones colapsados y ser demandados por los usuarios de refuerzo de atención telefónica

Recurso de amparo. Nota informativa nº 21/2023 del Tribunal Constitucional por la que se aprueba el plan de agilización para tramitar y resolver los recursos de amparo

El Pleno gubernativo del Tribunal Constitucional ha aprobado en su reunión de 15 de marzo de 2023 la puesta en marcha de un plan con el propósito de mejorar la tramitación y resolución de los recursos de amparo, por medio de su [nota informativa de 17 de marzo de 2023](#). La adopción de esta medida viene a seguir la estrategia de otros órganos jurisdiccionales como el Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre otros, que han empleado a satisfacción esta fórmula.

El objeto del acuerdo es la regulación de la presentación de la demanda a través de la sede electrónica del Tribunal, cumplimentando un formulario, que no sustituye a ésta, con la finalidad de que los recurrentes puedan exponer con precisión las lesiones de derechos fundamentales que alegan, la especial trascendencia constitucional del recurso y acreditar el requisito del agotamiento de la vía judicial previa.

Atendiendo al elevado porcentaje de inadmisiones de este tipo de recursos debido a la deficiente justificación del requisito de la trascendencia constitucional, se ha decidido adoptar este acuerdo con

el evidente propósito de facilitar que los recurrentes no incurran en defectos a la hora de redactar la demanda y al mismo tiempo ayudar al Tribunal a identificar los aspectos esenciales del recurso.

Jurisprudencia destacable

Servicios de pago. Obligación del proveedor de servicios de pago de facilitar los datos solicitados por el ordenante de la persona beneficiada de una operación de pago.

[Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de marzo de 2023 \(asunto C-351/21\)](#)

La Sentencia de la Sala Primera del TJUE de 16 de marzo de 2023 (Asunto C-633/20) tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Paz del Partido Judicial de Forest, Bélgica sobre la interpretación del artículo 38, letra a), de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, de servicios de pago en el mercado interior, no obstante se entiende por el Tribunal que es el artículo 47 apartado 1, letra a) de la Directiva el aplicable a los pagos controvertidos en el litigio principal en tanto se tratan de operaciones de pago reguladas por un contrato marco.

Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre una mercantil y una entidad bancaria belga, en la que el demandante en el litigio principal es titular de una cuenta bancaria, en relación con dos operaciones de pago efectuadas con la tarjeta de débito de dicho demandante que este considera operaciones no autorizadas siendo una entidad bancaria española la del beneficiario de tales pagos.

Sobre las cuestiones prejudiciales el órgano jurisdiccional remitente consulta si ¿tiene el proveedor de servicios [de pago del

ordenante] una obligación de medios o una obligación de resultado en cuanto a la comunicación de “información relativa al beneficiario”? además de si la “información relativa al beneficiario” a la que se refiere esta disposición, ¿comprende la información que permite identificar a la persona física o jurídica beneficiaria del pago?

Pues bien, el Tribunal de Justicia en reiteración de su jurisprudencia considera que para interpretar una disposición del Derecho de la Unión, debe tenerse en cuenta no solo su tenor literal de la normativa, sino también el contexto en el que se inscribe, así como los objetivos de la normativa de la que forma parte, es por ello por lo que el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

El artículo 47, apartado 1, letra a), de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE, debe interpretarse en el sentido de que el proveedor de servicios de pago de un ordenante está obligado a facilitar a este los datos que permitan identificar a la persona física o jurídica que se ha beneficiado de una operación de pago cargada en la cuenta de dicho ordenante y no únicamente la información relativa a esa operación de pago de que disponga el proveedor tras haber hecho todo lo posible para su obtención.

Carácter usurario de la tarjeta cuando el interés puede ser modificado por la entidad acreedora sin sujeción a un índice legal. La usura afectará exclusivamente desde el momento en que la acreedora fijó unilateralmente una TAE a un tipo de interés notablemente superior al normal del dinero en ese momento.

[Sentencia del Tribunal Supremo, nº 317/2023, de 28 de febrero](#)

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el pasado 28 de febrero dictó una relevante Sentencia 786/2023 sobre la Ley de Usura y contrato revolving que ratifica la doctrina de la Sentencia del Pleno 258/2023 de 15 de febrero y precisa que cada modificación del tipo de interés debe considerarse un nuevo contrato a efectos de enjuiciar el carácter usurario siendo que los efectos de la declaración del crédito como usurario se aplican desde la modificación del tipo de interés.

El objeto de discusión que ha llevado a la casación es el siguiente: si es usurario un contrato de tarjeta revolving celebrado en 2003 en el que se estipulaba un interés del 15,9% TAE, que fue modificado unilateralmente por la entidad financiera al 17,9% TAE desde el 9 de agosto de 2005 y al 26,9% TAE desde el 12 de agosto de 2009.

Declara la Sala en su Sentencia:

“ 8.- En este caso de contrato de servicios financieros de duración indeterminada, en que la entidad acreedora puede modificar el tipo de interés, sin atenerse a un índice legal, ajustándose a las exigencias del art. 85.3 del

texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ha de considerarse, a efectos de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, que cada modificación del interés supone la concertación de un nuevo contrato, en el que se fija un nuevo tipo de interés, y que a partir de ese momento el contrato crediticio puede ser considerado usurario si el nuevo tipo de interés de la operación es notablemente superior al interés normal del dinero en aquel momento y manifiestamente desproporcionado a las circunstancias concurrentes.....

El carácter usurario no afecta al contrato desde el momento inicial del contrato, sino exclusivamente desde el momento en que la acreedora fijó unilateralmente una TAE a un tipo de interés notablemente superior al normal del dinero en ese momento” .

En ese sentido se estima el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona siendo la estimación del recurso (interpuesto por la demandada reconviniente) solo parcial, declarando que contrato de tarjeta - suscrito en 2.003 - es usurario a partir de la modificación realizada al 12 de agosto de 2009 y por tanto los efectos de pérdida por la entidad financiera de la percepción de intereses por las cantidades dispuestas por la acreditada solo ha de producirse desde esa fecha.

Preclusión y cosa juzgada.

[Sentencia del Tribunal Supremo nº 376/2023, de 16 de marzo](#)

El Tribunal Supremo entiende que no es admisible una multiplicación injustificada de pleitos que puedan solventarse en uno solo, ni promover dos o más pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo.

En el supuesto examinado por el Tribunal, los clientes de una entidad bancaria interpusieron una primera demanda en el año 2014 en la que solicitaron la nulidad de la cláusula suelo y posteriormente en el año 2017 plantearon una segunda reclamación solicitando la condena a la devolución de las cantidades abonadas de más como consecuencia de la aplicación de dicha estipulación.

Tras analizar el caso, el Alto Tribunal estima justificada la promoción de dos litigios debido a la concurrencia de circunstancias especiales que al momento de la interposición de la primera demanda generaban incertidumbre en cuanto al alcance de los importes objeto de restitución por parte del Banco en caso de declaración de nulidad de la cláusula controvertida.

En el supuesto que nos centra, se razona que en la fecha en que se interpuso la primera demanda -2014- existía un debate abierto sobre la extensión de la restitución de cantidades derivadas de la aplicación de la estipulación que solo se superó una vez que se dictó la STJUE de 21 de diciembre de 2016, circunstancia que legitima la interposición de las dos demandas en lugar de solo una.

En sentido contrario, y en aplicación de lo expuesto en esta resolución, parece evidente que a partir de diciembre de 2016, una vez que

el TJUE determinó el alcance de las sumas a rembolsar en caso de nulidad de la cláusula suelo, podría incurrirse en preclusión y cosa juzgada en caso de desdoblamiento de la declaración de nulidad y la correspondiente condena a la restitución de cantidades en dos demandas distintas en lugar de plantear solo una.

Plusvalía municipal.

[Sentencia del Tribunal Supremo, nº 414/2023, de 28 de marzo](#)

El Tribunal Supremo ha creado doctrina y fijado jurisprudencia en relación con la retroactividad de la devolución de la Plusvalía Municipal por parte de los Ayuntamientos a los contribuyentes que la hubieran abonado con anterioridad al 26 de octubre de 2021 fecha en que el Tribunal Constitucional dictó sentencia por la que procedió a anular el sistema de cálculo de la base imponible de dicho tributo.

De este modo, se reconoce la retroactividad de la devolución de la Plusvalía Municipal siempre que no se produzcan las siguientes situaciones: (i) que no exista una previa sentencia firme que haya rechazado dicha retroactividad; (ii) que no exista una resolución administrativa firme que asimismo en sentido contrario y; (iii) que no se trate de una situación consolidada, esto es, que la liquidación provisional o definitiva no hubiera sido impugnada a la fecha de la sentencia del Tribunal Constitucional (26 de octubre de 2021) o que la rectificación de la autoliquidación no hubiera sido solicitada antes de la fecha del fallo de esa sentencia.

A este respecto, conviene recordar que tras la Sentencia del Tribunal Constitucional a la que nos acabamos de referir, se aprobó el Real Decreto ley 26/2021 que regulaba un nuevo método de cálculo de la base imponible de la Plusvalía Municipal que solo permitía la

devolución de las liquidaciones con fecha posterior a esa sentencia.

Sin embargo, y en sentido opuesto a lo establecido en dicho Real Decreto-ley, nuestro Alto Tribunal abre la puerta a la aplicación de la retroactividad de estas devoluciones siempre que se cumplan los requisitos mencionados.

El derecho de propiedad privada y la obligación de consentir las obras necesarias en una comunidad de propietarios.

[Sentencia del Tribunal Supremo nº 435/2023, de 29 de marzo](#)

El Tribunal Supremo -TS en adelante- ha puesto fin por medio de la STS 453/2023, de 29 de marzo, a la diversidad de interpretaciones que se venían dando en el seno de las Audiencias Provinciales en relación con el artículo 9.1 c) de la Ley de Propiedad Horizontal -LPH en lo que sigue-.

Este precepto establece la obligación que tiene el vecino de una comunidad de propietarios de consentir las reparaciones necesarias para el inmueble y las servidumbres imprescindibles para la realización de obras o creación de servicios comunes, siempre que la aprobación de las mismas se haya formalizado conforme a lo previsto en la propia LPH.

En el caso analizado en la sentencia meritada, un vecino demandó a su comunidad de propietarios por la instalación de un ascensor en tanto que consideraba que se le estaba privando de su derecho de luces y vistas que recibía desde la ventana de su dormitorio. Además, entendía el demandante que su privacidad se veía constreñida por la instalación de dicho ascensor, toda vez que desde el mismo se tenía

acceso a una vista panorámica de toda su habitación.

El TS señala que el interés casacional en este caso estriba en la existencia de sentencias contradictorias dictadas por las distintas Audiencias Provinciales acerca de la obligación impuesta a los vecinos de una comunidad de propietarios por el artículo 9.1 c) LPH.

Según nuestro Alto tribunal, para una correcta resolución de la controversia han de ponderarse dos intereses en juego. De un lado, el derecho que tiene el vecino a no ver alterada o modificada su propiedad; de otro, el derecho o facultad que tiene la comunidad de propietarios para instalar un ascensor con el objetivo de conseguir una mayor accesibilidad a las viviendas.

Conforme a lo expuesto por el TS, no es necesario el consentimiento del vecino cuya propiedad pueda verse perturbada para acometer la obra de instalación siempre y cuando el nivel de afección no sobrepase el contenido propio de la servidumbre y las limitaciones inherentes a la misma que el titular del predio sirviente ha de soportar. En consecuencia, el TS considera que el interés del vecino no puede imponerse al interés general de la comunidad de propietarios.

No obstante lo anterior, el TS determina que el vecino afectado por la realización de obras o creación de servicios comunes deberá ser indemnizado por los daños y perjuicios causados, lo cual pone de relieve que lo previsto en el artículo 9.1 c) LPH no tiene un alcance absoluto, sino que habrá de interpretarse casuísticamente, compensando al propietario afectado en cada supuesto en proporción al perjuicio que se le haya causado.

Acción social de responsabilidad. Imputación objetiva: determinación de la fecha a partir de la cual el daño al patrimonio social es causalmente imputable a los consejeros demandados.

[Sentencia del Tribunal Supremo nº 443/2023, de 31 de marzo](#)

La sentencia del Tribunal Supremo aborda un caso complejo en el que se cuestiona el momento a partir del cual los consejeros de una sociedad son responsables de los daños causados al patrimonio social.

Los demandantes argumentaban que los consejeros habían faltado al deber de diligencia, toda vez que no habían implementado los controles adecuados para evitar una regularización tributaria que se dio con posterioridad, a pesar de ser conocedores del riesgo.

Nuestro Alto tribunal destaca la importancia de la regla de la discrecionalidad empresarial, recogida en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital y cuyo fundamento no es sino el de limitar el control judicial de las decisiones empresariales y evitar que los administradores sean responsables por decisiones tomadas en su gestión cuando éstas se encuentran dentro de la esfera del riesgo propio de toda actividad empresarial. En otras palabras, lo que se persigue es que las decisiones de carácter empresarial se vean sustituidas por decisiones judiciales.

Según la resolución analizada, los consejeros no tomaron decisiones estratégicas o de negocio, sino que mantuvieron una actitud omisiva al no implementar controles adecuados. No obstante, el TS reconoce que los consejeros fueron conocedores situación a finales de marzo de

2014 -y no en febrero de 2014 como alegaban los demandantes-, como consecuencia del requerimiento formal recibido por parte de la Agencia Tributaria. En consecuencia, el TS concluye que la responsabilidad de los consejeros se aprecia a partir de finales de marzo de 2014, no con anterioridad.

El contenido de esta sentencia es imprescindible para conocer el alcance de la regla de la discrecionalidad empresarial y la determinación del momento en que es posible imputar a los consejeros el daño causado al patrimonio social

Retraso desleal.

[Sentencia del Tribunal Supremo nº 467/2023, de 11 de abril](#)

El Tribunal Supremo considera que no ha existido retraso desleal en la demanda interpuesta por unos clientes de una entidad bancaria en la que solicitaron la nulidad de la llamada cláusula suelo del préstamo hipotecario que habían contratado con dicha entidad y que fue cancelado siete años antes de la interposición de la demanda.

En el supuesto analizado en autos, los demandantes habían concertado un préstamo hipotecario con una entidad bancaria cuya escritura contenía la conocida “cláusula suelo”. La Sala no considera que éstos fuesen conscientes de la trascendencia de dicha estipulación al momento de su contratación, sino únicamente a partir del año 2009 cuando el Euribor descendió drásticamente y no pudieron beneficiarse de ello por la aplicación de la cláusula controvertida. Atendiendo a lo anterior, en el año 2010 los actores decidieron amortizar anticipadamente el préstamo y siete años después interpusieron la demanda en cuestión.

El Alto Tribunal vuelve a aplicar el criterio jurisprudencial fijado hace ya tiempo, por el que entiende que el simple transcurso del tiempo, por muy largo que sea, no es suficiente para aplicar esta figura ya que la deslealtad no puede derivarse exclusivamente de un extenso lapso, toda vez que se estaría creando un nuevo plazo de prescripción o caducidad sin ningún tipo de cobertura legal. Por lo tanto, junto con el transcurso temporal se hace necesario que concurra una conducta del acreedor objetivamente apta para suscitar en el deudor la confianza en que no se ejercitará la acción y que convierta en desleal el ejercicio de la misma.

La pretensión de nulidad de la renuncia a la notificación al deudor cedido en relación con la calificación de la cláusula como referida a una cesión del contrato: la distinción entre la cesión del crédito y la cesión del contrato y la notificación al deudor en la cesión de créditos.

[Sentencia del Tribunal Supremo, nº 581/2023, de 20 de abril](#)

La Sentencia dictada el pasado 20/04/2023 desestima el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Consumidores en cuya demanda se solicitaba entre otras la declaración de nulidad de la cláusula inserta en contrato de préstamo hipotecario suscrito en diciembre de 2007, en la que se reconocía a la prestamista la facultad de *"ceder el crédito hipotecario, en todo o en parte, sin necesidad de dar conocimiento al deudor, quien renuncia al derecho que al efecto le concede el artículo 149 de la Ley Hipotecaria"*. La Sala desestima el recurso haciendo un profundo análisis de la distinción entre las figuras de cesión del crédito, cesión del contrato y notificación al deudor de la cesión de créditos a

partir de la doctrina jurisprudencial existente y del contexto normativo en que fue formalizada la operación.

La demanda consideraba que esta cláusula debía considerarse abusiva conforme a los criterios generales del art. 82.1 TRLDCU, relativos a la buena fe y equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, y a los arts. 86 y 68.7 (sic) TRLDCU invocando también en apoyo de su pretensión la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de esa Sala de 16 de diciembre de 2009, referida a un supuesto de renuncia del derecho a la notificación al deudor cedido en un caso de "cesión del contrato".

Tanto el Juzgado como la Audiencia interpretaron la cláusula controvertida como referida a un supuesto de cesión de crédito y no de cesión de un contrato, interpretación que fue correcta. Y que la cláusula litigiosa tal y como está redactada no perjudica a los recurrentes.

El demandante interpuso recurso de casación, basado en un motivo único: invocación de la nueva interpretación del artículo 1.124 del Código Civil y la calificación del contrato de préstamo como bilateral con obligaciones recíprocas según la más reciente jurisprudencia de la Sala.

Según la Sentencia que confirma la Sentencia de apelación, la doctrina tiene señalado que la regla de la no necesidad del consentimiento del deudor para que la cesión sea considerada válida encuentra una excepción en la cesión de un crédito relativo a obligaciones sinalagmáticas, pues en estos casos el crédito de una parte tiene una correlativa obligación.

En este caso la entidad prestamista ya había cumplido en el momento mismo de la

formalización del contrato del préstamo hipotecario la obligación de entrega del capital mutuado y lo que quedaba por cumplir era la obligación de pago por el prestatario, el crédito para exigir su cumplimiento fue lo cedido, por lo que no se precisaba consentimiento del deudor.

La cesión del crédito es un negocio bilateral, entre cedente y cesionario, que puede hacerse sin consentimiento ni conocimiento previo del deudor y aún en contra de su voluntad. En la cesión del crédito el deudor cedido es un tercero cuyo consentimiento no es preciso, sin perjuicio de los efectos que provoca su conocimiento de la cesión (art. 1527, 1198 y 1887 CC). Hasta ese momento el deudor puede pagar y compensar créditos contra el cedente.

La principal finalidad práctica de la notificación de la cesión del crédito hipotecario al deudor cedido, conforme al art. 149 de la ley, es evitar la pérdida por el cesionario del crédito hipotecario a causa de hechos extintivos realizados por el deudor no notificado y de buena fe con el cedente (v.gr. pago liberatorio), situaciones en las que el cesionario se vería compelido a resarcirse, en su caso, por medio del ejercicio de una acción de cumplimiento del contrato de cesión o de enriquecimiento injusto.

En este sentido, la renuncia al derecho de notificación por parte del deudor vendría a constituir un supuesto de exoneración de la responsabilidad que en tales casos (pago liberatorio al cedente) impone el art. 151 LH al cedente, pues faltaría el presupuesto de imputabilidad previsto en la norma para exigir esa responsabilidad (la obligatoriedad de la notificación que, en su redacción originaria, preveía el art. 149 LH):

Sin embargo, ni esa consecuencia (que equivaldría a una renuncia en perjuicio de

tercero), ni la abrogación del efecto liberatorio del pago hecho al cedente por el deudor de buena fe (que ignora la cesión) pueden encontrar amparo en el ordenamiento jurídico. Lo primero, porque tropieza con la nulidad de las renunciaciones en perjuicio de tercero que impone el art. 6.2 CC, y lo segundo porque, en el ámbito de los contratos con condiciones generales de la contratación con consumidores, igualmente se enfrenta a la nulidad de las renunciaciones de derechos proscritas por abusivas, según la jurisprudencia de esta sala, como se desprende de una atenta lectura de la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, invocada como vulnerada en el motivo del recurso de casación ahora examinado.

En el presente caso el contrato de préstamo hipotecario en que se incorporó la cláusula litigiosa se suscribió el 14 de diciembre de 2007, es decir, pocos días después de que entrase en vigor la reforma del art. 149 LH introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. En ese contexto normativo la cláusula de renuncia a la notificación pasa a ser irrelevante, pues en ningún caso elimina las consecuencias de la falta de notificación (efecto liberatorio del pago hecho por el deudor al cedente o de la compensación del crédito que tenga frente al cedente).

Por tanto, la cláusula impugnada resulta irrelevante pues no altera la posición contractual de los contratantes, de forma que ni provoca perjuicio alguno al deudor cedido ni genera ningún desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, presupuestos necesarios para apreciar su abusividad (art. 82.1 TRLDCU).

La consecuencia de lo anterior es que desestima el motivo de casación y confirma la sentencia de la Audiencia.

Publicaciones

La futura autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero

Por: David Gutiérrez Ibañes

Cinco años largos después de la aprobación de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, se encuentra en tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero («La Autoridad») para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes (cuya creación se preveía en disposición adicional de la mencionada ley). La creación de esta nueva entidad también se prevé en el Componente 11, Reforma 3 del Plan de recuperación, transformación y resiliencia.

En el presente artículo se analizan las principales características del esperado proyecto (a salvo los cambios que puedan introducirse en su tramitación parlamentaria) y que, de aprobarse, finalmente, supondrá un cambio de calado en la estructura de varias instituciones públicas, en la manera de tramitar y resolver parte de los conflictos entre las entidades financieras y sus clientes y en el volumen de trabajo que estos conflictos generan en los tribunales o al menos, en el desvío del trabajo a otros tribunales. Así, con objeto de resaltar los cambios que vienen, se articula el análisis desde cuatro ángulos distintos: institucional, competencial, procedimental y sancionador.

1. Óptica institucional

- La Autoridad estará vinculada, a efectos organizativos, al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, teniendo personalidad jurídica propia y actuando con autonomía y plena independencia, correspondiéndole las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines e integrando los actuales servicios de reclamaciones de los organismos supervisores (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones).

- La Autoridad contará con vocales, que instruirán los procesos asignados, y con secciones, que son órganos colegiados competentes para resolver reclamaciones con pronunciamientos ajustados a derecho y a las buenas prácticas y usos financieros definidos por los supervisores.

2. Óptica competencial.

El sistema institucional de resolución extrajudicial de litigios entre las entidades financieras y sus clientes tiene encomendada la resolución de las reclamaciones de los clientes financieros de forma sencilla, ágil, eficaz, gratuita para los clientes e imparcial. Es importante entender que el sistema no lo configura sólo la Autoridad, sino que está además compuesto por los servicios de atención a la clientela y defensores de la clientela de las entidades. El sometimiento del conflicto a la Autoridad es voluntario para el cliente pero alternativo a la jurisdicción civil para los casos de resoluciones vinculantes (que se explicarán más adelante). Esto es, una vez elegida esta vía, la resolución del conflicto se desvía por la senda administrativa y en última instancia, desembocará en la jurisdicción contencioso-administrativa.

- La Autoridad se encargará de tramitar y resolver toda pretensión alegada por uno o varios clientes frente a una o varias entidades financieras para que restituyan o reparen sus intereses o derechos, por considerar que estos han sido vulnerados en la prestación de un servicio financiero, como consecuencia de incumplimientos de las normas de conducta, o por la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contractuales o de las buenas prácticas y usos financieros en los términos definidos por las Autoridades supervisoras.

Así las cosas, se observa un ánimo de desvío de reclamaciones masivas que vienen ocupando gran parte de la carga de trabajo de los tribunales civiles, muy saturados pero muchos de ellos especializados y con gran respaldo jurisprudencial para decidir sobre estas materias. Lo que podría haberse configurado en el marco del Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal como firme apuesta a la solución extrajudicial de conflictos en materia civil y mercantil, viene a canalizarse a través de un procedimiento administrativo y en algunos casos, como se comenta más adelante, contencioso-administrativo.

- En lo que se refiere a las cláusulas abusivas, se entenderá por estas cualquier estipulación no negociada individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, cause en detrimento del cliente un desequilibrio importante e injustificado, siempre y cuando concurra alguna de las siguientes tres circunstancias: (i) que la cláusula u otra idéntica haya sido declarada nula por abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; (ii) que el carácter abusivo se desprenda de alguna sentencia del TJUE que trata específicamente de la materia;

(iii) que el carácter abusivo haya sido declarado en sentencia firme en el Registro de condiciones generales de la contratación.

Así, respecto a las cláusulas abusivas enjuiciadas por el TS -sala de lo Civil- o el TJUE, cabe dudar sobre los criterios que seguirá la Autoridad en la resolución en vía administrativa de aquellas reclamaciones con contenido de naturaleza esencialmente civil. En puridad, no debería dudarse ya que la Autoridad resolverá en derecho, pero no deja de ser un organismo administrativo cuyas resoluciones serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a la que se podría elevar cuestiones varias de derecho privado. Como punta del iceberg de las posibles contradicciones derivadas de la sumisión a la jurisdicción contencioso-administrativa de materias objeto de estudio por la jurisdicción civil puede imaginarse las discusiones sobre el carácter de consumidor del reclamante. A este respecto, debe recalcar que el proyecto de ley habla únicamente de cliente, incluido el cliente potencial, concepto cuya definición en el cuerpo legal no se equipara a la de consumidor. Este extremo es relevante pues la Autoridad, que es competente para resolver en derecho sobre estas materias, recibirá reclamaciones de clientes financieros, tengan o no el carácter de consumidor, a las que un tribunal civil podría dar soluciones distintas.

La preocupación anterior se agrava al otorgarse a la Autoridad la competencia para determinar la devolución de los importes indebidamente cobrados y, para las reclamaciones sin contenido económico, la imposición de una indemnización que oscilará entre los 100 y los 2.000 euros.

- El ámbito competencial definido por materias se traduce en la posibilidad de emitir resoluciones vinculantes (lo que resulta novedoso) o no vinculantes para las reclamaciones que versen sobre tales materias, en función de la cuantía reclamada. Así, tendrán carácter vinculante las resoluciones sobre reclamaciones en materia de cláusulas abusivas y normas de conducta por importe inferior a 20.000 euros (o las de cuantía indeterminada), siendo de carácter no vinculante las relativas a importe igual o superior a 20.000 euros y las relativas a buenas prácticas y usos financieros.

3. Óptica procedimental

Se hace a continuación un resumen de las principales características del nuevo procedimiento para el que el texto del proyecto realiza varias remisiones a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común.

- Reclamación previa. Estando configurado el sistema de resolución también por los servicios de atención a la clientela y defensores de la clientela, se exige, para la admisión y tramitación de una reclamación por la Autoridad, que se acredite la previa presentación de la reclamación

ante alguno de los dos posibles servicios de la entidad correspondiente (Servicio de Atención al Cliente y, en su caso, Defensor del Cliente) o, en los casos en que no existe el servicio, por no serle exigible a la entidad de que se trate, el envío de una reclamación a la entidad. Asimismo, la indicada reclamación deberá haber sido inadmitida, desestimada o haber transcurrido un mes sin respuesta (plazo reducido a 15 días en reclamaciones sobre servicios de pago a salvo las excepciones ya previstas en el artículo 69 del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago). Una vez haya tenido lugar lo anterior, el cliente dispondrá de un año para articular la reclamación ante la Autoridad.

- Escrito de reclamación. Se prevé el desarrollo reglamentario de un modelo de reclamación que, para las personas jurídicas, deberá presentarse por medios electrónicos, continuándose por estos mismos medios la relación con la Autoridad, no siendo necesaria la intervención en el procedimiento de ningún profesional, asesor o representante.
- Principios del procedimiento. El procedimiento se ajustará a los principios de imparcialidad, independencia, transparencia, contradicción, legalidad, libertad de prueba, eficacia y celeridad.
- Prueba. Corresponderá a cada parte probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico o impidan, extingan o enerven su eficacia jurídica. Sin embargo, se especifica que corresponderá a la entidad la acreditación del cumplimiento de las obligaciones de información de las normas de conducta. Se prevé que la Autoridad desestimará la pretensión de la parte a la que correspondía probar unos hechos que se consideren dudosos. La posibilidad de desestimar una pretensión por hechos dudosos o no acreditados es un ejemplo de cómo se puede tener acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa para la valoración de hechos acaecidos en el marco de relaciones entre particulares y empresas privadas, sobre los que muy probablemente exista jurisprudencia aplicable en el orden jurisdiccional civil que será bien conocida por los tribunales de ese orden.
- Resoluciones vinculantes. Como principal novedad, la Autoridad emitirá, en determinados casos, resoluciones de carácter vinculante, que deberán ser cumplidas por la entidad financiera en el plazo de 30 días hábiles a contar desde su notificación, acreditándose documentalmente el cumplimiento a la Autoridad. Las resoluciones serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa pues, como ya se ha adelantado, el uso de este medio de resolución de litigios es voluntario para el cliente, pero alternativo al acceso a la jurisdicción civil en los casos que conlleven resoluciones vinculantes. Como consecuencia, se observa un

riesgo de aparición de contradicciones en la resolución de conflictos similares. No sería deseable que el título competencial dado a la Autoridad sobre cuestiones ampliamente estudiadas en el orden jurisdiccional civil viniera acompañado de contradicciones entre las distintas autoridades competentes para resolver litigios entre las entidades financieras y sus clientes. Adicionalmente, parece preocupante que se pueda estar desnaturalizando la figura del recurso contencioso-administrativo (de revisión de la legalidad del acto administrativo) para convertirse en una suerte de segunda instancia revisora de la valoración de hechos y prueba, al estilo de la jurisdicción civil.

- Resoluciones no vinculantes. Respecto a las resoluciones no vinculantes, si fueran desfavorables a la entidad, esta deberá notificar en el plazo de 30 días hábiles si la acata o no y en el segundo caso, la decisión deberá estar motivada. Atañe a la entidad financiera razonar suficientemente su decisión de no acatar la resolución no vinculante, pues esta tiene valor de informe pericial a los efectos de su valoración en ulterior juicio. Ese ulterior juicio que pueda interponer el cliente, favorecido o desfavorecido por la resolución no vinculante, se suscitará en el orden jurisdiccional civil. De nuevo, se observa un riesgo de establecimiento de criterios dispares en dos órdenes jurisdiccionales en materias similares pero divididas por la sola razón de su cuantía: reclamaciones sobre normativa de conducta y en materia de cláusulas abusivas de cuantía indeterminada o inferior a 20.000 euros, resueltas en última instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa, versus reclamaciones sobre normativa de conducta y en materia de cláusulas abusivas de cuantía superior a 20.000 euros, resueltas en última instancia en la jurisdicción civil.
- Costas. Se prevé, para el caso de recursos frente a las resoluciones vinculantes, la condena en costas si la sentencia no arrojava un resultado más favorable para el recurrente, salvo en caso de complejidad.

4. Régimen sancionador

Atendiendo a su naturaleza de Autoridad administrativa, se establece un régimen sancionador para que la Autoridad pueda castigar el incumplimiento de las resoluciones vinculantes firmes, clasificándose las infracciones en graves o leves en función de la estimación por la Autoridad del carácter especialmente relevante del incumplimiento, en función de determinados criterios establecidos. Con esta clasificación, se fija el concepto jurídico indeterminado “incumplimiento especialmente relevante”, que da margen a la Autoridad para enjuiciar la gravedad de los incumplimientos, de conformidad con determinados parámetros con gran margen de interpretación. Este margen de discrecionalidad afectará al tipo de sanción.

5. La tasa

Merece capítulo aparte, por la polémica suscitada, la instauración de una tasa para la resolución de las reclamaciones por la Autoridad.

La tasa, articulada como ingreso presupuestario de la Autoridad (esto es, como un medio de financiación directa) tiene por hecho imponible la propia tramitación de la reclamación una vez admitida (con independencia de su futura estimación), siendo sujeto pasivo la entidad financiera y su importe fijo de 250 euros.

Al respecto, el Banco de España, en boca del Gobernador, ha avisado de que la mitad de las reclamaciones actuales tienen un interés económico inferior a esos 250 euros, motivo por el que *«este sistema podría provocar que cualquier disputa por un importe inferior a la cantidad de la tasa sea aceptada por la entidad con independencia de que su comportamiento se haya ajustado o no a la normativa y a las buenas prácticas, puesto que continuar el procedimiento ante la Autoridad siempre sería más costoso. (...) Y podría generar un incremento de los conflictos entre clientes y entidades»*. También se ha apuntado, por la Asociación Española de la Banca, el posible carácter inconstitucional de la medida por tratarse de una tasa con naturaleza de ingreso presupuestario sin conexión con el interés económico de cada reclamación.

En resumen, nos encontramos ante la tramitación de un proyecto de ley cuya aprobación va a alterar el organigrama institucional asociado al sector financiero y también va a instaurar un nuevo procedimiento de resolución de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes que tiene asociados algunos riesgos de inseguridades jurídicas y futuras contradicciones jurisprudenciales, sin que se justifique suficientemente, más allá del loable propósito de aumentar la seguridad para el cliente financiero, la manera en que se va aligerar el tapón judicial en la tramitación de algunos tipos de reclamaciones sobre productos o servicios financieros.

Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de marzo de 2023, sobre determinadas cuestiones prejudiciales planteadas en materia de abusividad de la cláusula de comisión de apertura contenida en préstamos hipotecarios

Por: Borja López del Moral

La Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») ha dictado en fecha 16 de julio de 2020 Sentencia en el asunto C-565/21 (la «STJUE») relativa a 3 cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo en materia de naturaleza, abusividad y transparencia de la cláusula de comisión de apertura de un de un contrato de préstamo o crédito.

Con carácter previo a la exposición de las conclusiones del TJUE, se citan algunos preceptos de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, objeto de análisis en la STJUE para resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas:

- Artículo 3.1: *«Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.»*

- Artículo 4: *«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, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.»

- Artículo 5: *«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.»

A continuación, se exponen las conclusiones de la STJUE a cada una de las 3 cuestiones planteadas:

1.- Sobre si la comisión de apertura es un elemento esencial de préstamo por ser parte del precio y, por tanto, está sujeta o no al control de abusividad.

Argumento

El TJUE parte de la base de que el objeto principal del contrato es que el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este, por su parte, se compromete principalmente a reembolsar, por regla general con intereses, esa cantidad en los plazos previstos (sentencia de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, EU:C:2021:470, apartado 57).

Una vez sentada la anterior premisa, el TJUE recuerda que, debido a que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 fija una excepción al mecanismo de control del fondo de cláusulas abusivas, esta excepción debe ser interpretada de forma estricta.

Conclusión

En aplicación de lo estricto de dicha interpretación, el TJUE concluye que los servicios o prestaciones cubiertos por la comisión de apertura, es decir, los relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito u otros servicios similares, pero siempre inherentes a la actividad del prestamista, no pueden formar parte del objeto principal del contrato (prestar dinero y reembolsarlo con intereses) simplemente por estar relacionados con el mismo, por el simple hecho de estar incluida la comisión en el coste total del préstamo. Por tanto, al tener la comisión de apertura un carácter accesorio, sí es objeto de control de abusividad. El TJUE recalca que esta conclusión ya la declaró su sentencia de 16 de julio de 2020.

Opinión

Con esta interpretación estricta, el TJUE persigue evitar cualquier grieta en el control de abusividad de las cláusulas que pueda perjudicar a los consumidores. Así, atribuyendo carácter accesorio a esta cláusula en contra de lo establecido por el TS en su sentencia nº 44/2019 de 23 de enero, hace que

deba enjuiciarse tanto su falta de transparencia como su abusividad, en lugar de simplemente analizar su transparencia.

2.- Sobre si para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula que constituye un elemento esencial del contrato (pese a que el TJUE en su primera respuesta ya deja claro que no lo es) hay que tomar en consideración los siguientes elementos: (i) el conocimiento generalizado de la misma por los consumidores, (ii) la información obligatoria que debe dar la entidad, (iii) la publicidad, (iv) la especial atención del consumidor por ser una partida del precio y (v) constituir una parte sustancial del sacrificio económico y, además(vi) la redacción, ubicación y estructura de la cláusula.

Argumento

En primer lugar, deja claro como premisa que no es un elemento esencial del contrato tal y como ya resuelve en la primera cuestión.

Sin perjuicio de lo anterior, recalca que, en cualquier caso, la exigencia de transparencia que se incluye en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 figura también en su artículo 5, por lo que debe realizarse una interpretación extensiva más allá del plano formal y gramatical.

A partir de aquí, para poder contestar, el TJUE replantea la pregunta del TS en el sentido de si el artículo 5 exige que, para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula, se tomen en consideración los elementos antes descritos (conocimiento generalizado, publicidad, especial atención, sacrificio económico y redacción, ubicación y estructura). Todos estos elementos son los que recogía la STS nº 44/2019 de 23 de enero como razones que sustentaban la transparencia de la cláusula de comisión de apertura. En cuanto a este último, al no ser la comisión de apertura un elemento esencial, lo referencia a que dicha redacción, ubicación y estructura permitan apreciar que constituye un elemento importante dentro del contrato.

En síntesis, recoge que:

- a. La notoriedad de tales cláusulas NO es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible. Este pronunciamiento contradice lo resuelto por la STS nº 44/2019 de 23 de enero acerca de es un elemento válido para justificar su transparencia o su carácter claro y comprensible “el general conocimiento entre los consumidores interesados en**

contratar un préstamo de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio”.

b. Sí deben tomarse asimismo en consideración:

- i. la publicidad de la entidad financiera en relación con el tipo de contrato suscrito.
- ii. la especial atención que el consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz presta a una cláusula de este tipo en la medida en que esta estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito.
- iii. La ubicación y estructura de la cláusula en cuestión, pues permiten constatar si constituye un elemento importante del contrato, así como que el prestatario evalúe las consecuencias económicas que se deriven para él de esa cláusula.
- iv. La información obligatoria que la entidad financiera deba dar al potencial prestatario de acuerdo con la normativa nacional. Es un elemento pertinente para la valoración del carácter claro y comprensible, **al igual que lo es, con carácter general, la información dada por dicha entidad al prestatario en el contexto de la negociación de un contrato sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración de dicho contrato. En efecto, tal información tiene una importancia fundamental para el consumidor, pues en función, principalmente, de ella decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional.**

Conclusión

El juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los

gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen.

Opinión

El TJUE está excluyendo del juicio de transparencia la notoriedad de la cláusula de comisión de apertura e incluyendo la información dada por la entidad en el contexto de la negociación del préstamo hipotecario. Surgen dudas sobre si esa inclusión se hace a nivel general, referenciada precisamente al contrato en su conjunto, o si está obligando a probar a las entidades bancarias que, durante la negociación del contrato, se informó de los costes incurridos y servicios prestados como contrapartida al abono del importe de la comisión. En caso de que se refiera a esta última información más pormenorizada, las entidades financieras deberán buscar aquella prueba que consiga acreditar que se informó de ello durante la negociación.

El problema radica en probar que el consumidor ha podido *“entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen”*. Las entidades financieras deberán buscar la forma de acreditar, ya sea por medio de esa información precontractual, ya sea por medio de la publicidad, de un informe pericial o de la información obligatoria como puede ser el FIPRE que se informa al prestatario de la naturaleza de dichos servicios.

No obstante lo anterior, también es cierto que la STJUE recoge que de la sentencia de 16 de julio de 2020 no se desprende que el prestamista esté obligado a precisar en el contrato de que se trate la naturaleza de todos los servicios proporcionados. Este pronunciamiento podría ir en consonancia con la STS 44/2019 cuando menciona que *“14.- La normativa que regula la comisión de apertura está destinada a 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”*.

En cuanto a las consecuencias económicas, entendemos que no habría problema en acreditar que el consumidor está en condiciones de evaluarlas, ya sea con los elementos descritos en la STJUE, ya sea a través de la TAE. De hecho el TS menciona en su sentencia nº 44/2019 de 23 de enero que *“Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas (intereses remuneratorios y apertura) deben incluirse en el cálculo de la 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”*

En cualquier caso, sin perjuicio de que puede que el TJUE esté incluyendo un elemento nuevo como es la información otorgada durante la negociación del contrato, parece que se cuentan con más

elementos para determinar que el consumidor estaba informado y en disposición de evaluar las consecuencias económicas de la comisión de apertura.

3.- Sobre si La comisión de apertura puede causar un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato.

Argumento

De manera preliminar, recoge el TJUE que tanto el TS como la entidad bancaria estiman que en los asuntos C-224/19 y C-259/19 que derivaron en la STJUE de 16 de julio de 2020, el órgano jurisdiccional remitente expuso de forma errónea tanto la normativa española como la jurisprudencia del Tribunal Supremo al no haber descrito la norma que regula específicamente la comisión de apertura y que establece para ella un régimen diferente al del resto de comisiones bancarias y. por ello, los pronunciamientos 78 y 79 de aquella sentencia se vieron influidos. Estos pronunciamientos son los relativos a que la comisión de apertura puede causar desequilibrio en caso de que la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido.

Una vez precisado lo anterior, menciona *que el Tribunal de Justicia aplicó esos criterios en el apartado 55 de la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank (C-621/17, EU:C:2019:820), al declarar 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 dichos gastos y dicha comisión sean desproporcionados a la vista del importe del préstamo, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el juez competente, que dichas cláusulas incidan negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor.* El objeto de esta sentencia fue una “cláusula de desembolso” examinada por el Derecho húngaro que el TJUE equipara a la comisión de apertura.

Conclusión

En virtud de lo anterior resuelve que una cláusula contractual regulada por el Derecho nacional que establece una comisión de apertura, comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su concesión, no parece, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el juez competente, que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas o que el importe que debe abonar el

consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo.

No obstante lo anterior, hace dos puntualizaciones:

- a. Procede a puntualizar que sería contraria al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 no poder considerar abusiva una cláusula de comisión de apertura por el mero hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo y previstos en la normativa nacional. Esta matización choca frontalmente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que dice que *“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». [...] 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.”*

- b. Supedita el control del desequilibrio al Juez: el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que **no se opone a una jurisprudencia nacional que considera** que una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, **puede, en su caso, no causar**, en detrimento del consumidor, un **desequilibrio** importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, **con la condición de que la posible existencia de dicho desequilibrio sea objeto de un control efectivo por el juez competente de conformidad con los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.**

Opinión

Parece claro que el TJUE entiende que no hay desequilibrio. A mayor abundamiento, (quizá en una interpretación positiva) podría concluirse que la propia naturaleza de la comisión de apertura, que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo, siendo servicios necesarios para la concesión del préstamo, conlleva necesariamente que esos servicios y gastos se encuadren dentro del ámbito de gestión o del desembolso del préstamo.

De hecho, la STS nº 44/2019 de 23 de enero dice que *“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.”*

En contra de esta interpretación está la matización de que no pueda reputarse la comisión de apertura como abusiva por ser un servicio inherente. No obstante, lo que prohíbe el TJUE es determinar de por sí su validez, no que no cause desequilibrio.

La interpretación de lo que signifique *“a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas”* será determinante. Tiene un carácter aparentemente redundante pero que a su vez integra un elemento subjetivo que invita a otras interpretaciones.

En relación a *“que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo”* debemos recordar que el TS, en su sentencia nº 44/2019 ya valoró que *“20.- Exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es «proporcionado» al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, además de suponer un control de precios excluido por el art. 4.2 de la Directiva 93/13, implicaría serias dificultades prácticas, sobre todo por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación es problemática.”*

Al no haberse pronunciado el TS sobre si la cláusula de comisión de apertura genera o no un desequilibrio en detrimento del consumidor, habrá que esperar a ver si este tribunal se pronuncia como “juez competente” para estipular si causa o no desequilibrio de forma general, o si resuelve que deberá estudiarse caso por caso por cada juez de instancia.

CONCLUSION GENERAL

Al margen de que evidentemente deba pronunciarse al respecto el Tribunal Supremo, a nuestro entender es posible continuar defendiendo la validez de la cláusula de comisión de apertura. En este sentido, a pesar de que se considere que ya no es un elemento esencial por ser parte del precio, debiendo enjuiciarse tanto su transparencia como su abusividad, existen elementos suficientes para valorar que tiene un carácter claro y comprensible en su forma extensiva y que la misma no causa ningún desequilibrio siendo, por tanto, no abusiva.

¿Tienes dudas? Te escuchamos



Gastón Durand
Socio
Litigación societaria/ Arbitraje comercial / Procedimientos de insolvencia / Litigación comercial y financiera
gaston.durand@mazars.es



David Gutiérrez
Director
Litigación comercial y financiera / Procedimientos de insolvencia / Mediación y MASC
david.gutierrez@mazars.es



Ana Colorado
Senior Manager
Litigación de construcción/ Arbitraje comercial
ana.colorado@mazars.es



Andrés Blein
Senior Manager
Responsabilidad civil / Litigación Bancaria
andres.blein@mazars.es



Natalia Cordero
Senior Manager
Penal, Familia y Sucesiones
natalia.cordero@mazars.es



Gustavo Molina
Senior Manager
Responsabilidad civil / Litigación comercial y financiera / Arrendamientos
gustavo.molina@mazars.es



Manuel Moreno
Senior Manager
Litigación bancaria / Conflictos societarios / Responsabilidad civil
manuel.moreno@mazars.es



Lidia Castro
Manager
Litigación Bancaria
lidia.castro@mazars.es



Alberto Palomero
Manager
Litigación comercial y financiera
alberto.palomero@mazars.es



Julio García-Braga
Manager
Litigación comercial y financiera
julio.garciabraga@mazars.es



Borja López
Manager
Consumidores y usuarios / Litigación Bancaria
borja.lopez@mazars.es



Ferrán Maluquer de Motes
Manager
Procedimientos de insolvencia / Litigación comercial y financiera
ferran.maluquerdemotes@mazars.es



Raquel Sarrion
Manager
Litigación comercial y financiera. Asesoramiento en prevención del conflicto
raquel.sarrion@mazars.es



Tadeo Martínez
Manager
Litigación comercial y financiera. Procesos recuperatorios
tadeo.martinez@mazars.es



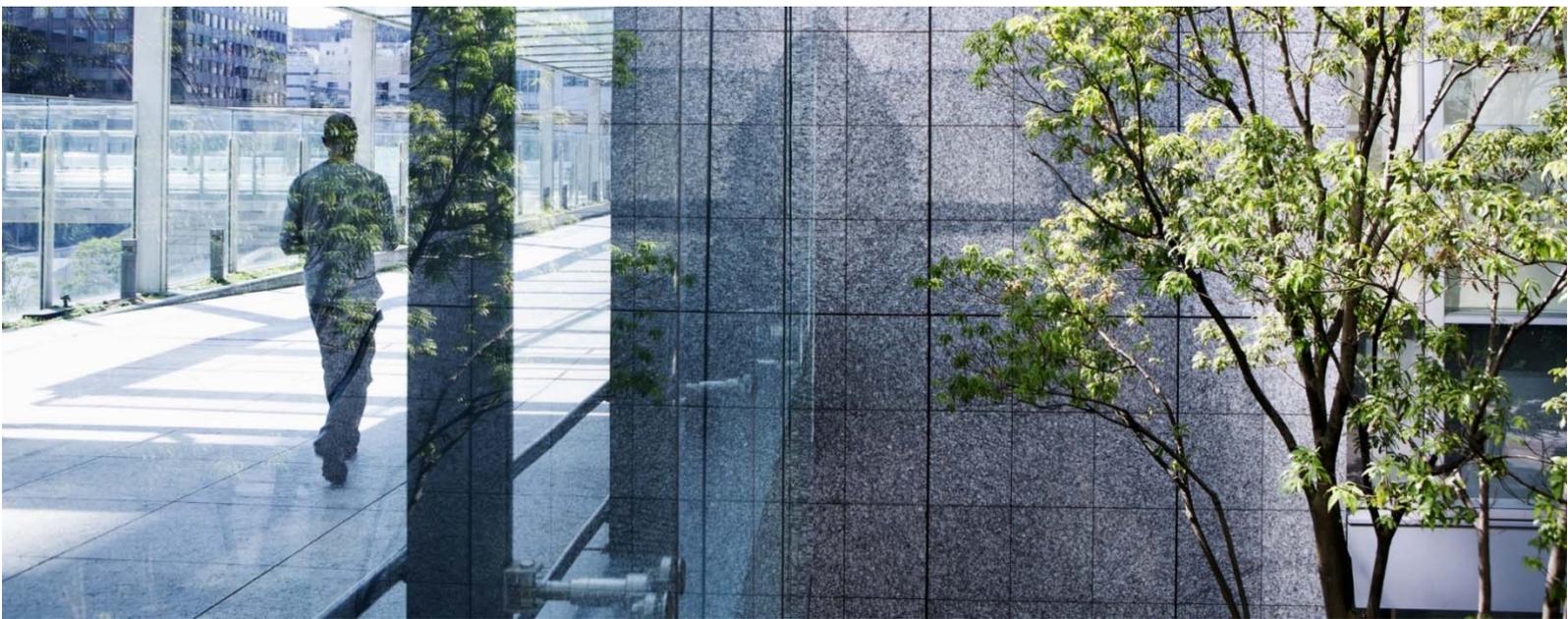
Adrián Nogal
Manager
Litigación comercial y financiera. Estafas digitales
adrian.nogal@mazars.es



Sara Cerqueira
Manager
Litigación comercial y financiera. Procesos recuperatorios
sara.cerqueira@mazars.es

Contacto

Gastón Durand, Socio
Tel: 915 62 26 70
gastón.durand@mazars.es



Circular II / 2023 correspondiente a los meses de marzo y abril de 2023, coordinada y editada por Andrés Blein, Lidia Castro y Juan Villegas.

Mazars es una firma internacional totalmente integrada, especializada en auditoría, consultoría, financial advisory, asesoramiento legal y fiscal y outsourcing. Operamos en más de 90 países y territorios en todo el mundo, contamos con la experiencia de 44.000 profesionales – 28.000 en la asociación integrada de Mazars y 16.000 a través de Mazars North America Alliance – para ayudar a clientes de todos los tamaños en cada etapa de su desarrollo.

www.mazars.es