

El control de abusividad de las cláusulas relativas a la comisión de riesgo en un contrato de crédito

Comentario a la STJUE de 26 de febrero de 2015 (C-143/13, *Matei*)

Ricardo Pazos Castro

Universidade de Santiago de Compostela

ricardo.pazos@usc.es

Resumen

En virtud del artículo 4.2 de la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre el precio y la retribución en relación con los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. El TJUE debe determinar si esta excepción es aplicable a una cláusula que fija una comisión de riesgo en un contrato de crédito.

Palabras clave

contratos celebrados con los consumidores, contrato de crédito, cláusulas abusivas, objeto principal del contrato, comisión de riesgo.

Abstract

By virtue of article 4.2 of the Directive on unfair terms in consumer contracts, the assessment of the unfair nature of contractual terms must relate neither to the definition of the main subject matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration in relation to the services or goods supplied in exchange. The ECJ must determine whether this exception is applicable to a clause that sets a risk charge in a credit agreement.

Keywords

consumer contracts, credit agreement, unfair terms, subject matter of the contract, risk charge.

Sumario

1. Marco normativo.—2. Los hechos.—3. La decisión del Tribunal de Justicia.—4. Valoración.—5. Bibliografía.

1. Marco normativo

La resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) objeto de comentario es la sentencia de 26 de febrero de 2015 (Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei / SC Volksbank România SA, C-143/13, no publicada todavía en el repertorio oficial), en la cual el Tribunal de Justicia debe interpretar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, de 21 de abril de 1993, p. 29; en adelante, Directiva sobre cláusulas abusivas). Esta directiva tiene por objeto eliminar las cláusulas abusivas de los contratos celebrados entre empresarios y consumidores. De acuerdo con su artículo 3.1, las cláusulas contractuales no negociadas individualmente serán 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».¹ Sin embargo, en virtud del artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

Otro texto comunitario relevante es la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (DO L 133, de 22 de mayo de 2008, p. 66; en adelante, Directiva de crédito al consumo). En virtud de su artículo 2.2.a), esta directiva no se aplica «a los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble». Por otra parte, el artículo 3.2.g) de la Directiva de crédito al consumo define el «coste total del crédito para el consumidor» en los siguientes términos: «todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista, con excepción de los gastos de notaría; el coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito, en particular las primas de seguros, se incluye asimismo en este concepto si, además, la celebración del contrato de servicios es obligatoria para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas».

El derecho nacional aplicable en el litigio principal es el derecho rumano. En particular, debe citarse la Ley rumana 193/2000, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores. El artículo 4.6 de esta ley, análogo al mencionado artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, señala que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la aptitud para satisfacer las exigencias del precio y del pago, por una parte, ni a los productos y servicios ofrecidos como

1 El artículo 3.1 de la versión original en español de la directiva decía: «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». El cambio se produjo a través de la corrección de errores publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DO L 137, de 4 de junio de 2015, p. 13).

contrapartida, por otra parte, a condición de que tales cláusulas estén expresadas con un lenguaje claro e inteligible». También hay que hacer referencia al decreto-ley con carácter de urgencia n.º 50/2010, relativo a los contratos de crédito a los consumidores, que se promulgó con el fin de transponer al ordenamiento jurídico indicado la Directiva de crédito al consumo. A diferencia de lo que dispone la Directiva de crédito al consumo, este decreto-ley, que se aplica incluso a los contratos de crédito garantizados con una hipoteca o con un derecho sobre un bien inmueble, señala en su art. 36 que «por el crédito concedido, el acreedor podrá percibir únicamente: la comisión de estudio, la comisión de administración del crédito o la comisión de administración de la cuenta corriente, la compensación por reembolso anticipado, los gastos correspondientes a los seguros y, en su caso, las penalizaciones, así como una comisión única por los servicios prestados a petición de los consumidores».

2. Los hechos

Los prestatarios, el Sr. y la Sra. Matei, celebraron dos contratos de crédito con la entidad rumana Volksbank en 2008. El primero de ellos tenía por objeto llevar a cabo ciertos gastos corrientes de carácter personal, mientras que el segundo era un préstamo hipotecario. Entre las cláusulas de ambos préstamos debe destacarse en primer lugar aquella en virtud de la cual la entidad de crédito se reservaba el derecho a revisar el tipo de interés remuneratorio si se producían variaciones significativas en el mercado financiero, siendo suficiente para su aplicación que se comunicase el nuevo tipo de interés a los prestatarios. La otra cláusula contractual relevante establecía el deber de los prestatarios de abonar una «comisión de riesgo» por la puesta a disposición del crédito cuyo importe se calculaba en función del saldo del crédito, y que debía abonarse mensualmente durante todo el tiempo de vigencia del contrato.

Ante la entrada en vigor del Decreto-ley n.º 50/2010, relativo a los contratos de crédito a los consumidores, y para cumplir con la nueva regulación, la entidad de crédito adaptó los contratos a través de apéndices a los acuerdos inicialmente celebrados. En dichos apéndices el banco reemplazó la «comisión de riesgo» por una «comisión de administración del crédito», ya que esta última comisión resultaba expresamente admitida por la nueva normativa. Sin embargo, el contenido de la cláusula relativa a la «comisión de riesgo» no varió, sino que simplemente pasó a aplicarse bajo otra denominación. Los prestatarios rechazaron la modificación y no firmaron los apéndices. Posteriormente, los prestatarios se dirigieron a la autoridad nacional para la protección de los consumidores a fin de obtener la eliminación de, entre otras, las cláusulas contractuales que se han comentado en el párrafo anterior, por considerarlas abusivas. Dicha autoridad nacional rechazó su pretensión, por lo que los prestatarios presentaron una demanda ante el Tribunal de Primera Instancia de Cluj-Napoca (*Judecătoria ClujNapoca*).

El Tribunal de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda mediante sentencia de 12 de diciembre de 2011, pues consideró que la cláusula relativa a la variación unilateral del tipo de interés era abusiva y por tanto nula, pero que no sucedía lo mismo con la cláusula sobre la comisión de riesgo y su transformación en una comisión de administración del crédito. Tanto los prestatarios como la entidad de crédito interpusieron sendos recursos de casación contra la resolución del Tribunal de Primera Instancia ante el Tribunal Especializado de Cluj (*Tribunalul Specializat Cluj*). El Tribunal de Primera Instancia constató que algunos tribunales rumanos habían considerado que las cláusulas sobre la «comisión de riesgo» no formaban parte del objeto principal de contrato ni se referían al precio de los bienes o servicios. En particular, los tribunales solían argu-

mentar, por un lado, que no había ningún servicio prestado por la entidad de crédito que justificase el cobro de dicha comisión, y, por otro, que la redacción de tales cláusulas no solía ser clara, no pudiendo operar entonces la excepción del artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, recogida también en el artículo 4.6 de la ley rumana n.º 193/2000. En este contexto, el Tribunal Especializado de Cluj decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE una cuestión prejudicial.

3. La decisión del Tribunal de Justicia

A través de la cuestión prejudicial planteada, el Tribunal Especializado de Cluj desea conocer si la TAE de un contrato de crédito garantizado con hipoteca queda englobada en las nociones de «objeto principal del contrato» o de «adecuación entre precio y retribución [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida», nociones empleadas en el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, teniendo en cuenta que en la TAE se incluye el tipo de interés fijo o variable, las comisiones bancarias y otros gastos especificados en el contrato de crédito, entre los cuales se encuentra la comisión de riesgo. El Tribunal Especializado de Cluj precisa que la Directiva de crédito al consumo no es aplicable a los contratos garantizados con una hipoteca, por lo que la definición de «coste total del crédito para el consumidor» que proporciona el artículo 3.2.g) de la Directiva de crédito al consumo no sirve para determinar el objeto de un contrato de crédito análogo al segundo de los celebrados por los Sres. Matei.

La entidad de crédito alcanzó un acuerdo transaccional con los consumidores-prestatarios, por lo que consideraba que la cuestión prejudicial ya no era pertinente. De hecho, el propio Tribunal de Justicia ha reconocido que, cuando no hay un litigio principal pendiente, la resolución de la cuestión prejudicial carece de utilidad, por lo que no procede dar respuesta a la misma. Sin embargo, el tribunal de remisión informó al Tribunal de Justicia de que no había admitido dicho acuerdo en relación con las cláusulas contractuales sobre la «comisión de riesgo», añadiendo que la resolución de la cuestión prejudicial era una materia de orden público. En este contexto, la respuesta del Tribunal de Justicia no carece de utilidad, por lo que el TJUE desestimó la excepción de inadmisibilidad propuesta por la entidad de crédito (sentencia *Matei*, apartados 37-42).

El Tribunal de Justicia coincide con el órgano jurisdiccional remitente en que la noción de «coste total del crédito» recogida en la Directiva de crédito al consumo no puede identificarse sin más con el «objeto principal» del contrato o con el «precio», conceptos presentes en la Directiva sobre cláusulas abusivas. En esta última directiva la interpretación de los citados conceptos debe ser estricta, puesto que se trata de una excepción a la regla general que establece el control de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente. Por su parte, la noción de «coste total del crédito» se encuentra precisada en la Directiva de crédito al consumo en un sentido amplio, dado que su objeto es que el consumidor-prestatario reciba el mayor nivel de información posible. Tanto el «objeto principal» del contrato como el «precio» deben ser interpretados, a los efectos de la Directiva sobre cláusulas abusivas, de manera autónoma y uniforme en todo el territorio comunitario, considerando el objeto que persigue esta directiva (sentencia *Matei*, apartados 47-52) El Tribunal de Justicia reformula la cuestión prejudicial planteada para extender el análisis sobre la amplitud de la excepción del artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas a la cláusula relativa a la modificación unilateral del contrato por parte de la entidad de crédito (sentencia *Matei*, apartado 52).

El órgano competente para determinar si las cláusulas contractuales controvertidas en el litigio principal forman parte del objeto principal del contrato o del precio es el tribunal nacional. El TJUE pone de relieve esta circunstancia y señala que él solo puede indicar los criterios que debe utilizar en su análisis el juez nacional. Recordando su anterior sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, (Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai / OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13, Rec. p. I-; sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014) el TJUE precisa que el «objeto principal del contrato» está formado por las cláusulas que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que sirven para caracterizarlo (a fin de acotar algo más la definición del objeto principal del contrato, véanse las conclusiones del abogado general en la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, puntos 49-50). El otro aspecto cuyo carácter abusivo no se puede controlar es la adecuación entre el precio o retribución y los bienes o servicios proporcionados como contrapartida, debido a que no existe ningún criterio que permita llevar a cabo el referido control. Por esta razón el alcance de este segundo aspecto es muy limitado, no quedando incluidas en él las cláusulas que tengan incidencia en el precio efectivo que el prestatario-consumidor debe abonar por el crédito «salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista» (sentencia *Matei*, apartados 53-6).

A continuación, el Tribunal de Justicia destaca el carácter abusivo de la cláusula que permite al empresario modificar unilateralmente el tipo de interés. El tribunal pone de manifiesto que una cláusula como esta es accesoria y no está excluida del control de abusividad, constatando que este tipo de cláusulas se encuentran recogidas en la lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, lista que compone el anexo de la directiva.² Además, el derecho rumano ha incluido cláusulas análogas a la cláusula litigiosa en una lista negra, es decir, una lista de estipulaciones contractuales que se consideran abusivas en cualquier circunstancia (sentencia *Matei*, apartados 57-63).

En cuanto a la otra cláusula controvertida en el litigio principal, la que se refiere a la «comisión de riesgo», el Tribunal de Justicia indica que este tipo de cláusulas no parecen estar comprendidas en la excepción al control de abusividad prevista en el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Para el TJUE, una cláusula como la descrita no parece formar parte del objeto principal del contrato, puesto que no se alcanza a ver su carácter esencial y definitorio del acuerdo. En cualquier caso, corresponde al órgano de remisión verificar esta cuestión, afirmando el Tribunal de Justicia que el tribunal remitente deberá atender a la finalidad de dicha comisión de riesgo. No obstante, para el Tribunal de Justicia, el hecho de que la comisión de riesgo suponga una parte importante de la TAE carece de relevancia aun cuando la TAE indica los ingresos que el prestamista obtiene a partir del contrato de crédito (sentencia *Matei*, apartados 64-8).

Si la cláusula que fija la comisión de riesgo no parece tratarse de una cláusula referida al objeto principal del contrato en opinión del Tribunal de Justicia, este tampoco considera que pueda argumentarse que controlar su abusividad pueda equipararse a controlar la adecuación de la retri-

2 En este sentido, la letra j) del anexo de la directiva alude a las cláusulas que tengan por objeto o efectos «autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo». El alcance de esta letra se encuentra determinado en el apartado 2.b) del anexo de la directiva, que dice que «la letra j) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho a modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, o el importe de cualesquiera otros gastos relacionados con servicios financieros, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello en el más breve plazo a las demás partes contratantes, y de que estas tengan la facultad de rescindir inmediatamente el contrato».

bución y el servicio prestado. Y es que no se observa ningún servicio que sirva de contrapartida a dicha comisión. Sin embargo, el tribunal pone de manifiesto que la controversia sobre el carácter abusivo de la cláusula relativa a la comisión de riesgo podría tener lugar en el litigio principal en atención a su importe. Es decir, en el litigio principal podría estar discutiéndose que la cláusula de comisión de riesgo supone el deber de pagar un importe significativo cuando el crédito ya se encuentra garantizado con una hipoteca, de manera que esa comisión carecería de contrapartida (sentencia *Matei*, apartados 69-71).

Por último, el tribunal se refiere al requisito de transparencia, incidiendo en que si el tribunal de remisión llega a la conclusión de que las cláusulas controvertidas no son transparentes, no entraría en juego el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y podría controlarse su carácter abusivo. En este sentido, para evaluar la transparencia de las cláusulas controvertidas, el Tribunal de Justicia se refiere a la necesidad de preguntarse sobre la previsibilidad de la manera en la que el empresario modificará el tipo de interés en el caso de que decida hacer uso de la cláusula que le faculta para ello. También presenta dudas desde el punto de vista de la claridad la cláusula relativa a la comisión de riesgo, en la medida en que habría que determinar si en el contrato están especificados los motivos que justifican la imposición de tal comisión (sentencia *Matei*, apartados 72-7).

En conclusión, el TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada en el sentido de que las cláusulas contractuales como las controvertidas en el litigio principal no se encuentran *en principio* cubiertas por la excepción al control de abusividad prevista en el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, al no poder incardinarse en ninguno de los dos aspectos sobre los que se proyecta la excepción, a saber, el objeto principal del contrato y la adecuación entre la retribución y los servicios proporcionados. No obstante, corresponde al tribunal remitente comprobar este extremo, debiendo tener en cuenta los criterios indicados por el TJUE en la resolución objeto del presente comentario.

4. Valoración

Aunque no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto, el TJUE indica el camino al tribunal remitente en el sentido de considerar que las cláusulas controvertidas pueden ser objeto de control de abusividad. La sentencia *Matei* se encuentra entre las resoluciones más extensas que el TJUE ha dictado recientemente en materia de cláusulas abusivas, y se apoya en una extensa labor de argumentación. Sin embargo, el tema es ciertamente complejo, y la respuesta del tribunal sigue dejando ciertas dudas.

La primera cuestión sobre la que conviene reflexionar es si el Tribunal de Justicia debió pronunciarse, como efectivamente hizo, sobre la cláusula controvertida en el litigio principal en virtud de la cual la entidad de crédito se reservaba la facultad de revisar el tipo de interés en caso de que se produjesen variaciones significativas en el mercado financiero. El Tribunal de Primera Instancia rumano ya había estimado en su sentencia de 12 de diciembre de 2011 que esa cláusula era abusiva, mientras que en la sentencia objeto de comentario no se indica que el tribunal remitente plantease cuestión alguna a propósito de dicha cláusula. Este último órgano solo hace alusión a la comisión de riesgo, y en la cuestión prejudicial planteada únicamente se pregunta si los conceptos «objeto principal del contrato» y «precio» comprenden la TAE de un contrato de crédito garantizado con una hipoteca.

Considerando que el Tribunal de Justicia efectivamente debía analizar la posibilidad de controlar las cláusulas de modificación unilateral del tipo de interés, estoy de acuerdo con el tribunal en que esa es una cláusula accesorio, no esencial para un contrato de crédito. Además, no hay duda de que dicha cláusula es abusiva. Sin embargo, hay un aspecto del razonamiento del tribunal que es difícil de comprender. El TJUE afirma que «otro indicio del carácter accesorio de tales cláusulas puede ser el hecho de que, al contener estas esencialmente un mecanismo de ajuste que permite al prestamista modificar la cláusula que fija el tipo de interés, no parecen poder separarse de esta última, la cual puede formar parte del objeto principal del contrato» (sentencia *Matei*, apartado 62). Pues bien, si la facultad de modificar una cláusula no se puede separar de la cláusula en sí, esto quiere decir que no existen realmente dos cláusulas, sino una. Y si esa cláusula, como dice el tribunal, forma parte del objeto principal del contrato, entonces la reserva de la facultad de modificar el tipo de interés forma también parte de dicho objeto principal, y por lo tanto su carácter abusivo no podría ser controlado.

Como dijo en su momento Alfaro Águila-Real, para delimitar el concepto de cláusula es preciso utilizar un criterio material, es decir, una cláusula es «cada uno de los *contenidos de regulación* de un contrato» (Alfaro Águila-Real 1991: 346-7; cursiva en el original). Precisa este autor que estamos ante una cláusula cuando en el contrato se atribuye una consecuencia a un supuesto de hecho. Volviendo a la cláusula analizada, resulta claro que en el contrato se establece un tipo de interés que debe ser abonado por el prestatario-consumidor como retribución del capital prestado. Un supuesto de hecho cuya producción se verifica, como es la entrega del capital, da lugar a una consecuencia jurídica, que es la obligación de reembolsar el principal más un interés. El que se produzcan «variaciones significativas en el mercado financiero» es un supuesto de hecho independiente de la entrega del capital, y es de este otro supuesto del que depende la facultad del prestamista de modificar el tipo de interés. Por consiguiente, la cláusula de reserva de la facultad de modificación es accesorio precisamente porque puede separarse de la cláusula que fija el tipo de interés.

El siguiente aspecto de la sentencia objeto de comentario que merece ser tratado es el hecho de que el «coste total del crédito», noción definida en la Directiva de crédito al consumo, no es pertinente para delimitar los conceptos de «objeto principal del contrato» o de «precio», utilizados en la Directiva sobre cláusulas abusivas. Aunque este es un criterio que ya indicó expresamente el propio tribunal de remisión al plantear su cuestión prejudicial, en mi opinión el concepto de «coste total del crédito» es especialmente adecuado para establecer qué constituye el objeto principal en un contrato de crédito. El hecho de que la Directiva de crédito al consumo no se aplique a aquellos préstamos garantizados con una hipoteca no es relevante, en la medida en que un contrato de crédito mantiene sus características principales con independencia de las garantías que se presten para asegurar su reembolso. En tal caso, cuando el reembolso del crédito se asegure con una hipoteca, las cláusulas relativas a esta podrán añadirse e integrar también el objeto principal del contrato de crédito, porque lo caracterizan. Tampoco impide alcanzar la conclusión mantenida en el presente comentario el hecho de que en la Directiva de crédito al consumo la noción esté redactada de forma amplia y los conceptos relevantes de la Directiva sobre cláusulas abusivas deban ser interpretados restrictivamente, porque en mi opinión se aprecia una coincidencia entre ellos.

Como ya manifestó en su momento Garrigues Díaz-Cañabate, el crédito es «la materia típica y genuina del contrato bancario», consistiendo en una «transmisión (actual o prometida) de la propiedad [de] una cosa del acreedor al deudor con contrapartida económica diferida». El prestatario

obtiene un capital del que puede disponer como estime oportuno, pero a cambio asume una obligación de cumplimiento que queda diferida en el tiempo, cual es la restitución del crédito más los intereses. El interés se configura así como el «precio del tiempo que media entre las prestaciones de ambos sujetos de la relación crediticia», posición por la que se inclinaba Garrigues Díaz-Cañabate, aunque exponiendo otras teorías que explicaban el fundamento del interés. Por un lado, según la «teoría del goce», el interés es el precio pagado por el goce del capital recibido. Mientras tanto, con base en la «teoría del cambio», el interés es la diferencia entre unos bienes presentes y unos bienes futuros, representando el contrato de crédito un contrato de cambio de unos bienes por otros (Garrigues Díaz-Cañabate 1975: 32-6, en particular 36, n. 26). El propio Garrigues Díaz-Cañabate explica que, aunque el interés no es un elemento esencial del préstamo, no puede concebirse un préstamo mercantil sin él. La entidad bancaria no concede un préstamo si no es porque confía en que la cantidad prestada le será reembolsada y, además, recibirá una cantidad suplementaria, lo cual convierte al pago de intereses en la causa contractual para el prestamista. (Garrigues Díaz-Cañabate 1975: 226, 230-1) Esa cantidad suplementaria estará compuesta por el interés remuneratorio y otros gastos, comisiones o cantidades adicionales que se cobren. Pues bien, teniendo en cuenta además que el párrafo 2.º del artículo 315 del Código de comercio establece que «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor», parece lógico deducir que las cantidades que el prestatario debe abonar al prestamista por encima del importe recibido constituyen su contraprestación y, por consiguiente, forman parte del objeto principal del contrato.

Por su parte, Bonet Sánchez señala que en los contratos bancarios el precio es la cantidad con la que se remunera el servicio prestado, indicando que en aquellos acuerdos que tienen por objeto la financiación que otorga el banco a su cliente, el precio lo constituye el interés cobrado. La cantidad que el prestatario debe abonar para extinguir el contrato resulta de sumar al capital recibido el tipo de interés nominal y el tiempo. Pero, además, el autor manifiesta que en los contratos bancarios es habitual el cobro de comisiones por parte de la entidad prestamista, afirmando que las «comisiones bancarias, llámense como se quieran llamar, son –ya se ha dicho– prestaciones contractuales remuneratorias a favor de la entidad prestamista. Se consideran, pues, fruto civil del dinero prestado, y también quedan sometidas al principio de libertad de cuantificación» (Bonet Sánchez 1998: 95-6).

Para Martí Sánchez, entre las «peculiaridades del contenido del préstamo bancario» se encuentran, entre otras cuestiones, el precio del crédito, otros conceptos retributivos y el pago o reembolso del capital prestado más intereses. El precio del préstamo bancario de dinero es «el total de los conceptos que como mínimo ha de abonar el prestatario al prestamista», considerando que está formado por el interés, la comisión de apertura, los gastos de estudio y, de ser el caso, los gastos de corretaje. El autor mantiene que el prestatario puede conocer más fácilmente el coste de su crédito al indicársele la TAE, aludiendo a la noción de «coste total del crédito» recogida en el artículo 18.a) de la entonces vigente Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo.³ Entre los

3 El artículo 18 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, decía: «coste total del crédito y tasa anual equivalente. a) Se entenderá que el coste total del crédito comprende los intereses y todos los demás gastos y cargas que el consumidor esté obligado a pagar para el crédito, incluidos los de seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular, que sean exigidos por el empresario para la concesión del mismo. b) Se entenderá por tasa anual equivalente el coste total del crédito, expresado en un porcentaje anual sobre la cuantía del crédito concedido. La tasa anual equivalente igualará, sobre una base anual, el valor actual de todos los compromisos (créditos, reembolsos y gastos) existentes o futuros asumidos por el empresario y por el consumidor, y se calculará

otros conceptos retributivos se encuentran la «comisión de cancelación anticipada» y la «comisión de modificación de condiciones o garantías», a lo que se añade, por supuesto, el reembolso del capital prestado más los intereses que deban abonarse (Martí Sánchez 1998: 409-11).

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el objeto del contrato es la «realidad susceptible de utilidad o interés»; en segundo lugar, que el contrato es fuente de obligaciones y que el objeto de la obligación es la prestación (Lete del Río y Lete Achirica 2005: 58, 445-6); en tercer lugar, que el interés o utilidad del prestamista reside en obtener el reembolso del capital prestado y, además, una serie de cantidades adicionales, y que precisamente este reembolso y el pago de cantidades adicionales es la prestación a la que se ha obligado el prestatario. Por tanto, no puede sino concluirse que el coste total del crédito, esto es, el conjunto de cantidades que el acreedor va a recibir y el deudor está obligado a abonar, conforma el objeto principal del contrato de crédito. Como reconoce el propio Tribunal de Justicia, la comisión de riesgo «constituye una parte relativamente significativa de la TAE y, consiguientemente, de los ingresos que el prestamista obtiene de los contratos de crédito de que se trata» (sentencia *Matei*, apartado 68). Así las cosas, y a diferencia de lo que opina el Tribunal de Justicia, creo que esta circunstancia no solo es pertinente para apreciar si las cláusulas contractuales relativas a la comisión de riesgo definen el «objeto principal del contrato», sino que es un criterio clave para afirmar que la comisión de riesgo está excluida del control de abusividad.⁴

También cabe referirse a la mención del requisito de transparencia que hace el Tribunal de Justicia. El artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas excluye la posibilidad de controlar el carácter abusivo de una cláusula que defina el objeto principal del contrato, así como la adecuación entre el precio o retribución y los bienes o servicios, «siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Conviene resaltar que, a pesar del tenor literal del precepto, no es suficiente que la redacción en sí misma de las cláusulas contractuales sea clara, sino que es preciso que en el contrato se especifiquen «de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan» (sentencia *Matei*, apartados 73-4).

El problema que se plantea entonces es cómo se puede controlar el carácter abusivo de una cláusula que forma parte del objeto principal del contrato o la adecuación de un precio. En este sentido, Miquel González afirma que el carácter abusivo de una cláusula «depende de su contradicción con la buena fe y el desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes», diciendo posteriormente que «es contraria a la buena fe la falta de transparencia sobre los elementos esenciales con independencia de su equilibrio, porque este equilibrio no es controlable» (Miquel González 2011: 737).

de acuerdo con la fórmula matemática que se expresa en el anexo». Cf. también los artículos 6 y 32 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

- 4 En los apartados 66-7 de la sentencia *Matei* se afirma lo siguiente: «66. De este modo, dicho tribunal deberá apreciar si, habida cuenta de las consideraciones expuestas en el referido apartado 54, tales cláusulas fijan una de las prestaciones esenciales previstas por los contratos de que se trata en el litigio principal o si tienen más bien carácter accesorio en relación con las cláusulas que definen la propia esencia de la relación contractual. 67. En el marco de esa apreciación, el citado tribunal deberá tener en cuenta, en particular, la finalidad esencial perseguida por la «comisión de riesgo», consistente en garantizar el reembolso del préstamo, que constituye manifiestamente una obligación esencial que recae en el consumidor como contrapartida a la puesta a su disposición del importe del préstamo».

El razonamiento de Miquel González parece correcto porque en última instancia conduce a declarar nula y a tener por no puesta una cláusula esencial para el contrato poco clara, de la misma manera que se declaran nulas las cláusulas abusivas sobre cláusulas contractuales accesorias. No obstante, sorprende entonces que el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas utilice una fórmula rebuscada («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), en lugar de establecer sencillamente que las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o que determinen el precio son nulas cuando no sean transparentes, por ser contrarias en todo caso al principio de buena fe. Además, esto resultaría contrario a la posición doctrinal según la cual no es necesario controlar la abusividad de los elementos esenciales del contrato porque los consumidores seleccionan y consienten específicamente las cláusulas referidas a estos elementos, de forma que deben pechar con las consecuencias de no haberlo hecho, salvo que se trate de cláusulas sorprendentes (cf. Alfaro Águila-Real 1991: 103, 138; Miquel González 2011: 737).

Por último, es preciso hacer un inciso acerca del debate que se plantea al respecto de la cláusula de comisión de riesgo en el litigio principal. El Tribunal de Justicia señala que el carácter abusivo de dicha cláusula parece debatirse sobre la base de que dicha comisión sirve para garantizar el reembolso del préstamo, cuando este es un riesgo ya cubierto con la constitución de una hipoteca (sentencia *Matei*, apartado 71). De ser así, la discusión sobre esta cláusula no gira en torno a la buena fe, sino a las excesivas garantías requeridas por la entidad de crédito. En este caso, debe seguirse la opinión del Tribunal de Primera Instancia de Cluj-Napoca, el cual, en su sentencia de 12 de diciembre de 2011, declaró con gran acierto en mi opinión que «no era de su competencia apreciar el riesgo concreto asumido por el banco ni tampoco la eficacia de las garantías contractuales» (sentencia *Matei*, apartado 33).

5. Bibliografía

- Alfaro Águila-Real, J. 1991. *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid: Civitas.
- Bonet Sánchez, J. I. 1998. «El contrato bancario». En *Contratos bancarios y parabancarios*, dir. U. Nieto Carol. Valladolid: Lex Nova, 79-103.
- Garrigues Díaz-Cañabate, J. 1975. *Contratos bancarios*. 2.^a ed. Madrid: s.n.
- Lete del Río, J. M., y J. Lete Achirica. 2005. *Derecho de obligaciones*, vol. 1: *Teoría general de la relación obligatoria y del contrato. Derecho de daños*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Martí Sánchez, J. N. 1998. «El préstamo bancario de dinero». En *Contratos bancarios y parabancarios*, dir. U. Nieto Carol. Valladolid: Lex Nova, 383-421.
- Miquel González, J. M. 2011. «Comentario al artículo 82». En *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. S. Cámara Lapuente. Madrid: Colex, 711-53.