



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

NOTIFICADO POR LEXNET ANA ALIAGA MONZON PROCURADORA

By Ana at 17:19:48, 28/03/2022

Sentencia nº [REDACTED]

ILMO. SR. PRESIDENTE:

ILMOS. SRES MAGISTRADOS:

En Almería, a 22 de marzo de 2022.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación el rollo número [REDACTED] procedente de los autos de juicio ordinario [REDACTED] del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Almería, en ejercicio de acción nulidad de cláusulas contractuales.

Son partes apelantes las demandantes don [REDACTED] representados por la Procuradora doña ANA ALIAGA MONZON y asistidos por el letrado don BARTOLOMÉ GIMÉNEZ IBARRA.

Es parte apelada la demandada CAJAMAR CAJA RURAL, S.C.C. representada por la Procuradora doña [REDACTED], y asistida por los letrados doña [REDACTED]

Ha sido designado ponente [REDACTED] que expresa la opinión de la Sala.

Antecedentes de Hecho

Primero.- En el procedimiento de juicio ordinario [REDACTED] del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Almería consta Sentencia [REDACTED] de 21 de mayo (aclarada por Auto de 13 de julio de 2021) en cuyo Fallo se dispone lo siguiente:

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por la parte actora contra la entidad "Cajamar" y en consecuencia:

1.- Declaro la nulidad de la cláusula séptima de gastos de la Escritura de PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, de fecha el día 5 de abril de 2004 otorgada ante la Notario del Ilustre Colegio de Albacete, D^a. María Dolores García Sillero, con número de protocolo 857.

2. - Condono a la entidad demandada a eliminarla del contrato.

3.- Condono a la entidad demandada a devolver la suma de 735,15 701,9 euros. Dichas



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	24/03/2022
Firmado Por	[REDACTED] EDUARDO MARTINEZ CAMERO [REDACTED] [REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	1/13



Es copia auténtica de documento electrónico

cantidades devengarán los intereses legales correspondientes desde el momento de su pago. Se desestiman el resto de pretensiones.

No procede la imposición de costas.

Segundo.- En lo sustancial, en lo que aquí interesa, consideraba el juzgador de instancia que no procedía la declaración de nulidad de la cláusula que regula la comisión de apertura por cuanto que *a nadie se le escapa que la concesión de un préstamo por parte de una entidad bancaria requiere de un previo estudio de la situación económica del prestatario, con la consiguiente emisión de los correspondientes informes tanto del empleado de la sucursal, como de sus superiores. Igualmente, para la concesión de la operación es imprescindible que por parte de los empleados de las diferentes sucursales hayan mantenido reuniones informativas previas con los futuros prestatarios.*

Tercero.- Con traslado a las partes, presentaron don [REDACTED] y doña [REDACTED] recurso de apelación alegando la nulidad de la cláusula de apertura.

Cuarto.- Con traslado a la demandada CAJAMAR CAJA RURAL, S.C.C. se opone y defienden la corrección de la sentencia dictada.

Quinto.- Se elevaron las actuaciones a esta Sala, se formó rollo con personación de las partes y sin necesidad de celebración de vista y sin admisión de nueva prueba, se fijó el día de la fecha para la deliberación, votación y fallo, quedando las actuaciones vistas para el dictado de la presente resolución.

Fundamentos de Derecho

Primero.- Sobre la comisión de apertura.

El motivo se estima.

En este Tribunal se venía aplicando el criterio recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo 44/2019, Civil sección 1 del 23 de enero de 2019 la validez de esta cláusula:

10.- No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. La tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario.

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



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	24/03/2022
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	2/13



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

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

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

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, contiene una regulación de la comisión de apertura en términos prácticamente idénticos a los de la Circular 8/1990.

Y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, prevé:

"En el apartado "Otros componentes de la TAE" se enumerarán todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración, y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales".

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

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

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

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



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	24/03/2022
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	3/13



pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto.

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

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

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

17.- En este sentido, lleva razón la sentencia del Juzgado de Primera Instancia cuando afirma que "la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones, pues no refiere la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio cobrado a través de la prestación, sino que forma parte del precio".

Así resulta de la redacción del anexo II, apartado 4, de la Orden de 5 de mayo de 1994 y del apartado 1-bis-b de la norma tercera de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción dada por la Circular 5/1994, de 22 de julio, que distinguen entre la comisión de apertura (respecto de la que solamente prevén, en los términos empleados por la última de las normas citadas, "que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo") y "las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos" (respecto de las que exige que "deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo"). Esta regulación ha pasado, en estos mismos términos, al art. 5.2.b de la vigente Ley 2/2009.

Por tanto, el principio de "realidad del servicio remunerado" no exige, en el caso de la comisión de apertura, nada distinto de la propia concesión del préstamo.

18.- Otro argumento que la Audiencia Provincial expone para declarar la abusividad de la comisión de apertura es que no se ha probado que se hayan prestado los servicios que se retribuyen.

Este argumento no se considera correcto por varias razones.

En primer lugar, resulta contradictorio que la Audiencia afirme que la comisión de apertura corresponde a actividades internas inherentes al negocio bancario, lo que implicaría el carácter abusivo de la misma, para a continuación afirmar que no ha



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	24/03/2022
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	4/13



quedado probada la realización de tales actividades, y justificar también la improcedencia de cobrar dicha comisión con base en esa ausencia de prueba.

En segundo lugar, no puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones. La mayoría de estas actuaciones no son prescindibles para el banco porque son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento (actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE). Y, en todo caso, la mayor parte de estas actuaciones son imprescindibles para la concesión del préstamo.

19.- No es tampoco aceptable el argumento relativo a la falta de prueba de la proporcionalidad entre el importe de la comisión de apertura y el coste que para la entidad financiera supone la realización de las actuaciones iniciales de la concesión del préstamo. Como ya se ha dicho, la fijación del importe de la comisión de apertura constituye la fijación libre del precio de sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un gasto.

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.

Además, impediría la fijación de su cuantía por anticipado, de modo que sea posible que el cliente conozca tal importe antes de solicitar la concesión del préstamo. La fijación anticipada del importe de la comisión de apertura es una exigencia ineludible de las normas que regulan la transparencia en este tipo de operaciones bancarias.

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

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

22.- La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo (como era el caso de la "comisión de riesgo" objeto de la citada sentencia del TJUE de 26 febrero de 2015) sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	24/03/2022
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	5/13



que entra de lleno en la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE.

23.- Que algunas entidades financieras hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han preferido limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero no configura como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo.

24.- Lo anteriormente expuesto lleva a que estos dos motivos deban ser estimados y el pronunciamiento que declara la abusividad de la comisión de apertura, y condena al banco a restituir su importe, debe ser revocado.

Sin embargo con posterioridad ha recaído STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020 en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 y por el Pleno de este Tribunal se ha acordado seguir el criterio en ella fijado. Así, para responder a la cuestión prejudicial planteada resuelve lo siguiente:

2) El artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado.

3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente.

Y todo ello en base a los siguientes argumentos que no podemos sino compartir:

59 En efecto, por una parte, debe recordarse que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, permite, no obstante, a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41, y de



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	24/03/2022
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	6/13



3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 45).

60 Más concretamente, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 se limita a enunciar que «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».

61 De este modo, en el asunto objeto del litigio principal, solo es posible limitar, con arreglo al citado artículo 4, apartado 2, el control del carácter abusivo de la cláusula que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura cuando esta cláusula se refiera a alguno de los dos aspectos antes mencionados.

62 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto (sentencias de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 35 y 36, y jurisprudencia citada, y de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 32).

63 Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un componente esencial del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 33 y jurisprudencia citada).

64 No obstante, para orientar al juez nacional en su apreciación, resulta oportuno precisar que el alcance exacto de los conceptos de «objeto principal» y de «precio», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede establecerse mediante el concepto de «coste total del crédito para el consumidor», en el sentido del artículo 3, letra g), de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DO L 133, p. 66) (sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 47). Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este.

65 Además, del tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 resulta que la segunda categoría de cláusulas cuyo eventual carácter abusivo queda excluido de la apreciación tiene un alcance reducido, ya que solo abarca la adecuación entre el precio o la retribución previstos y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, exclusión que se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación. Por tanto, las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagar a este último el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato,



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	24/03/2022
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	7/13



se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartados 34 y 35, y jurisprudencia citada).

66 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que la exigencia de redacción clara y comprensible que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de esa Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 46).

67 Por el contrario, dado que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referente, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia debe entenderse de manera extensiva, esto es, en el sentido de que no solo impone que la cláusula en cuestión sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 70 a 73; de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 37, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 43).

68 El carácter claro y comprensible de la cláusula objeto del litigio principal debe ser examinado por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre los que se cuenta la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 75; de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 46 y 47, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 46).

69 De ello se sigue que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y el artículo 5 de esta se oponen a una jurisprudencia según la cual una cláusula contractual se considera en sí misma transparente, sin que sea necesario llevar a cabo un examen como el descrito en el anterior apartado.

70 En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiriera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (véase, por analogía, la



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	24/03/2022
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	8/13





sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 77), y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato.

71 Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales séptima a décima que el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

Sobre la undécima cuestión prejudicial, relativa a un eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de una cláusula que impone el pago de una comisión de apertura.

72 Mediante su undécima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente en el asunto C-224/19 pregunta, fundamentalmente, si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido.

73 A este respecto, es preciso comenzar señalando que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva» al que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de dicha Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia debe limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que este debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 47 y jurisprudencia citada).

74 En lo que se refiere al cumplimiento de las exigencias de la buena fe, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de esta, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 50).



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	24/03/2022
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	9/13





75 En cuanto al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, el Tribunal de Justicia ha declarado que este puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 51).

76 Además, del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 se desprende que 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 (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 52).

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

78 A este respecto, debe tenerse en cuenta que, tal como se desprende de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, según la Ley 2/2009, las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. De ello se sigue que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que realice el órgano jurisdiccional remitente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante, contrariamente a las exigencias de la buena fe.

79 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la undécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19 que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente.

Realizando en primer lugar un control de transparencia de la comisión de apertura CLÁUSULA 5 inserta en la escritura litigiosa de préstamo hipotecario de 5 de abril de 2004 vemos que su redacción es la siguiente:

“ Se devengará a favor de la Caja y por una sola vez, una comisión de apertura del 0 '500 por cien sobre el nominal del préstamo, con un mínimo de 0 euros que será adeudada en la cuenta del préstamo y en la misma fecha de su abono”



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	24/03/2022
Firmado Por	[REDACTED]		
[REDACTED]	[REDACTED]		
[REDACTED]	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	10/13



Aunque escueta la clausula es perfectamente clara y comprensible y se cifra en una cantidad fija y en una sola vez lo que permite a su vez tener perfecto conocimiento al consumidor de su alcance jurídico y su relevancia económica sin ulteriores esfuerzos.

Partamos de que, contradiciendo la doctrina hasta entonces imperante del Tribunal Supremo, se descarta por el TJUE que integre el denominado "objeto principal del contrato" que según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 haría que quedase excluido del control de abusividad, la misma ha de ajustarse a las exigencias del artículo 5 en sus apartados 1. 2º y 2. 2º de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

En el referido precepto se exige con el carácter imperativo que proclama el artículo 2 de la misma norma que las comisiones bancarias se correspondan con servicios efectivamente prestados o con gastos habidos. La vulneración de esta norma supone la aplicación del artículo 3.1 de la Directiva, por determinar un importante desequilibrio de prestaciones, y su consiguiente declaración de nulidad al amparo de la citada normativa y del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Si bien se trata de una cuestión probatoria, siendo la carga de que tales gastos o servicios son reales y ajustados a la cuantía de la comisión, tal y como resuelve el TJUE en la sentencia reproducida y consagra el artículo 8 de la Ley 2/2009, del empresario.

En el presente se exponen a través de la contestación a la demanda la existencia de los servicios y/o gastos que la comisión pretende cubrir así como unas argumentaciones jurídicas, sin justificar en el caso concreto los servicios realizados que implicaban la necesidad o procedencia del devengo de la comisión en cuestión. Sin embargo deben descartarse los argumentos expuestos en la contestación, ya que en la clausula se declara que se devenga la comisión por el sólo hecho de la formalización del préstamo, por lo que en modo alguno se vincula ni a la realidad ni al importe de tales gastos, servicios o gestiones que pudiese haber realizado el banco.

Segundo.- Sobre las costas en primera instancia

En atención a que la estimación de la demanda es íntegra y siguiendo el criterio mayoritario de los magistrados de esta Audiencia, se estima que por el artículo 397 LEC se puede revocar el pronunciamiento en costas y condenar a su abono a la demandada por aplicación del 394 LEC al que se expresamente remite y en consideración a la estimación íntegra de la demanda.

Tercero.- Sobre las costas en segunda instancia.

En atención a la estimación del recurso de alzada no se hace especial pronunciamiento en materia de costas en esta instancia por aplicación del artículo 398 LEC.

Fallamos



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	24/03/2022
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	11/13





Que con ESTIMACIÓN del recurso de apelación deducido contra la Sentencia [REDACTED] de 21 de mayo aclarada por Auto de 13 de julio de 2021 y dictada en el seno de juicio ordinario [REDACTED] del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Almería:

1. Debemos REVOCAR y REVOCAMOS tal resolución de suerte que el Fallo queda redactado así:

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por la parte actora contra la entidad "Cajamar" y en consecuencia:

1.- Declaro la nulidad de la cláusula séptima de gastos de la Escritura de PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, de fecha el día 5 de abril de 2004 otorgada ante la Notario del Ilustre Colegio de Albacete, D^a. María Dolores García Sillero, con número de protocolo 857.

2. - Condeno a la entidad demandada a eliminarla del contrato.

3.- Condeno a la entidad demandada a devolver la suma de 735,15 701,9 euros. Dichas cantidades devengarán los intereses legales correspondientes desde el momento de su pago.

4. Declaro la nulidad de la cláusula Quinta, comisión de apertura.

5.- Condeno a la entidad demandada a devolver la cantidad cobrada en aplicación de la misma con los intereses legales correspondientes desde el momento de su pago.

Se imponen las costas a la demandada.

2.- No se hace especial pronunciamiento en materia de costas en esta instancia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento.

Devuélvase la totalidad del depósito constituido al recurrente que haya visto estimadas sus pretensiones, visto el apartado 8 de la Disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Recursos.-Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal por el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.-es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo s con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.-Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	24/03/2022
Firmado Por:	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	12/13





desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.-Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección de la Audiencia Provincial, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]	Fecha	24/03/2022
Firmado Por	[REDACTED]		
Url De Verificación	[REDACTED]	Página	13/13



