



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
CACERES**

SENTENCIA: 00154/2023

Modelo: N10250
AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 927 620405 **Fax:** .
Correo electrónico: scg.seccion3.oficinaatencionpublico.caceres@justicia.es

Equipo/usuario: DDG

N.I.G. 10037 41 1 2021 0000603
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000023 /2022
Juzgado de procedencia: JDO.1ª INSTANCIA E INSTR.N.5-BIS de CACERES
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000749 /2021

Recurrente: UNICAJA BANCO SA
Procurador: JOSE ENRIQUE DE FRANCISCO SIMON
Abogado: VERONICA GARCIA GRANA
Recurrido: ██
Procurador: BEATRIZ MORALES VECINO, BEATRIZ MORALES VECINO
Abogado: JUAN CARLOS GALVAÑ BARCELO, JUAN CARLOS GALVAÑ BARCELO

S E N T E N C I A NÚM.- 154/2023

Ilmos. Sres. =
PRESIDENTE ACCIDENTAL: =
DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =
MAGISTRADOS: =
DOÑA MARÍA LUZ CHARCO GÓMEZ =
DON JOSE ANTONIO PATROCINIO POLO =
===== =
Rollo de Apelación núm.- 23/2022 =
Autos núm.- 749/2021 (ORDINARIO CONTRATACION)
Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm.- 5BIS de CACERES
=====

En la Ciudad de Cáceres a trece de marzo de dos mil veintitrés.

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante del procedimiento ordinario de contratación núm.- 749/2021 del Juzgado de 1ª Instancia e instrucción núm.- 5BIS de Cáceres, siendo parte apelante, el demandado **UNICAJA BANCO SA**, representado en la instancia y en esta alzada por el

Procurador de los Tribunales Sr. **Francisco Simón** y defendido por la Letrada Sra. **García Grana** como parte apelada, la demandante, [REDACTED] representado en la instancia y en la presente alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Morales Vecino** y defendido por el Letrado Sr. **Galván Barceló**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción núm.- 5 bis de Cáceres, en los Autos núm.- 749/2021 con fecha 13 de octubre de 2021 se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"ESTIMO la demanda presentada por DOÑA BEATRIZ MORALES VECINO, Procuradora de los Tribunales, actuando en nombre de DON [REDACTED] frente a D. JOSE ENRIQUE DE FRANCISCO SIMON Procurador, en nombre de la entidad LIBERBANK y en su virtud:

La parte demandada se ha allanado parcialmente a la declaración de nulidad de los gastos y devolución según se expone a continuación:

Se declara nula la cláusula gastos, debiendo establecerse la imputación particular de los gastos en el sentido anteriormente expuesto.

Se condena a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 654,05 euros ello con el correspondiente interés legal de aquellas cantidades, desde el momento de su pago por la parte actora, e incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, de conformidad con el art. 576 LEC.

Se declara nula la cláusula de comisión de apertura.

Se condena a la parte demandada al abono a la actora de la cantidad de 1.800 € más intereses legales.

Con imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución y por la representación de la parte demandada se interpuso en tiempo en forma recurso de apelación, se tuvo por interpuesto y de, conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de

diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

TERCERO.- La representación procesal de la parte demandante presentó escrito de oposición e impugnación al recurso de apelación interpuesto de contrario. Seguidamente se remitieron los Autos originales a la Audiencia Provincial de Cáceres, previo emplazamiento de las partes por término de diez días.

CUARTO.- Recibidos los autos, registrados en el Servicio Común de Registro y Reparto, pasaron al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, que procedió a incoar el correspondiente Rollo de Apelación, y, previos los trámites legales correspondientes, se recibieron en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial, turnándose de ponencia; y no habiéndose propuesto prueba por ninguna de ellas, ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día 8 **de marzo de 2023**, quedando los autos para resolver en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente la Ilma. Sr. Magistrado **DON JOSE ANTONIO PATROCINIO POLO**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el escrito inicial del procedimiento, y por lo que interesa al presente recurso, se promovió acción de nulidad de la cláusula **comisión de apertura**, y la condena a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado por los actores y la entidad bancaria UNICAJA BANCO SA (entonces LIBERBANK SA) el día 10 de febrero de 2006, así como a devolver la suma satisfecha por los actores en concepto de dicha comisión de apertura, más los intereses legales y las costas del procedimiento.

Dichas pretensiones fueron estimadas en la sentencia de instancia, con condena en las costas procesales a la entidad demandada, y disconforme se alza el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del banco, quien interesó la revocación de la sentencia y solicita que se declare la validez de la cláusula de comisión de apertura, lo que conllevaría la desestimación de la demanda y la condena en las costas procesales de la instancia al actor.

SEGUNDO. La reciente e importante sentencia del **TJUE de 16 de marzo de 2023**, (Sala Cuarta), dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de España, sobre diversos aspectos que giran en torno a la naturaleza jurídica y la validez de la **comisión de apertura** en los contratos bancarios celebrados con consumidores, ratifica, en esencia, los postulados ya expuestos en la precedente sentencia **TJUE de 16 de julio de 2020**.

Sobre la primera cuestión planteada, la citada sentencia establece, con claridad y rotundidad (al respecto no deja margen alguno a la interpretación), que **la comisión de apertura inserta en tales contratos no forma parte del objeto principal del contrato, ni constituye una de las partidas principales del precio**. Esta declaración es fundamental pues de aquí se deriva que dicha cláusula de comisión de apertura, precisamente por ello, está sometida a los controles de transparencia y abusividad, los cuales, como después se verá, no son superados. Por tanto, según la sentencia del TJUE **la cláusula de comisión de apertura tiene carácter accesorio** respecto del contrato de crédito, y en este sentido afirma que no puede considerarse que una cláusula que retribuye "los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito u otros servicios similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito", forme parte de los compromisos principales que resulten de un contrato de crédito.

Sobre este primer apartado, el Tribunal de Justicia declara *literim*:

"1) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros

servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del «objeto principal del contrato» a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio”.

Ya la precedente STJUE de 16 de julio de 2020, decía, en esencia, lo mismo, pero con otras palabras:

“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 éste.”**

TERCERO. En relación con la segunda cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, el TJUE declara en la referida sentencia de 16 de marzo de 2023 lo siguiente:

“2) El artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, 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”.

A la vista de la precedente jurisprudencia se está en el caso de afirmar que, en el supuesto sometido al análisis de esta alzada, **la citada cláusula no supera el control de transparencia pues, en el supuesto de autos, el prestatario no está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula,** (nada de esto se ha acreditado) desde el momento en que la entidad bancaria no ha explicado, y tenía la obligación de hacerlo, por qué cobra la comisión de apertura y a qué corresponde el importe satisfecho

por el prestatario. Es evidente, además que, al cobrar un porcentaje sobre el importe total del préstamo, el mismo constituye un beneficio para el banco pues no responde a servicios efectivamente prestados. Este dato es muy importante.

Por otro lado, **el TJUE indica que el conocimiento generalizado entre los consumidores de las cláusulas que establecen las comisiones de apertura no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible.**

Pero es que, además, aunque se pudiera conocer por un consumidor medio el importe de esa comisión y que la misma tiene como finalidad retribuir servicios prestados por la entidad financiera, lo cierto es que no se explica (al prestatario/consumidor) ni se concretan cuáles son esos servicios, (tampoco consta eso en la escritura pública) más aún cuando se fija un porcentaje, como se ha dicho, **y sin que se justifique por qué esos servicios en todo caso supondrán ese importe (un tanto por ciento sobre el capital concedido) y no otro. Por lo tanto, no es posible saber si se han prestado efectivamente y el alcance o coste de cada uno de ellos en su caso. En todo caso, se trataría de "actividades o servicios internos del banco" que no proporcionan servicio alguno al cliente. Así, una cláusula pactada en los términos de esta escritura ha de declararse nula, pues no supera los controles de transparencia y de abusividad y además, como ahora se verá, produce un efectivo desequilibrio en las prestaciones.**

Sobre esta cuestión, la STJUE de 16 de julio de 2020, decía ya lo siguiente:

"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."

"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 éste 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)".

Y, en el caso de autos, a la vista de las circunstancias concurrentes ya expuestas, la Sala ha podido comprobar que la entidad bancaria no ha tratado de manera leal y equitativa con el consumidor, pues si hubiera actuado así, muy posiblemente el consumidor no hubiera aceptado una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual y "entre iguales".

CUARTO. El TJUE resuelve la tercera cuestión planteada por el TS, de la siguiente manera:

"3) 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".

Supuesto ello, en el caso de autos no está acreditado que la comisión de apertura, que se ha cobrado al prestatario/consumidor de una vez en forma de un porcentaje, un tanto por ciento sobre el capital del préstamo, no está acreditado ni tampoco se le ha explicado debidamente y por escrito al consumidor al firmar el contrato, **(existe una evidente falta de información al respecto,** y esto es muy importante) que dicha comisión tenga como destino remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de la solicitud del préstamo hipotecario. Luego, precisamente por ello, dicha comisión causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato.

QUINTO. Por otro lado, **la referida sentencia TJUE de 16 de julio de 2020,** se expresaba en los siguientes términos (el subrayado en negrita es nuestro):

“56 Mediante estas cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional que excluye la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura por la razón de que tal comisión es un elemento del precio del contrato en el sentido del artículo 4, apartado 2, de esta Directiva, y que al mismo tiempo considera que tal cláusula cumple por sí misma la exigencia de transparencia que impone esta última disposición.

57 Procede observar con carácter preliminar que, en el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente ha planteado las cuestiones prejudiciales séptima a décima partiendo de la premisa de que no se ha transpuesto el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español.

58 Ahora bien, para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, no es necesario pronunciarse sobre la transposición efectiva del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 42).

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 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 éste.

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, 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, Andriciuc 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 adquiera 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 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 éste. 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).

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."

El recurso se desestima.

SEXTO. De conformidad con el Art. 398 en relación del Art. 394, ambos de la L.E.C, al desestimarse el recurso, se imponen al apelante las costas procesales de la alzada. Asimismo, debe confirmarse el pronunciamiento condenatorio en las costas procesales de la primera instancia, al no apreciarse serias dudas de derecho sobre esta cuestión, la cual, tras la nueva jurisprudencia citada, no plantea ya duda de ningún tipo.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

F A L L O

Que, **DESESTIMANDO** el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de UNICAJA BANCO SA, contra la Sentencia de fecha 13 de octubre de 2021, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 5 bis de los de Cáceres en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 749/2.021, del que dimana este Rollo, debemos CONFIRMAR la indicada Resolución, y con condena al banco en las costas procesales causadas en el recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009, en los casos y en la cuantía que la misma establece.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe **recurso de casación** ante el Tribunal Supremo si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse **recurso extraordinario por infracción procesal** previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento, interesando acuse de recibo a los efectos de archivo del Rollo de Sala.

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

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia. Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.