



Roj: **SAP B 260/2019 - ECLI: ES:APB:2019:260**

Id Cendoj: **08019370152019100075**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **28/01/2019**

Nº de Recurso: **1225/2017**

Nº de Resolución: **102/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **NURIA BARCONES AGUSTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168159932

**Recurso de apelación 1225/2017 -3**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 639/2016**

Parte recurrente/Solicitante: BANCO POPULAR, SA

Procurador/a: Mª Pilar Albacar Arazuri

Abogado/a: Miguel Angel Pazos Moya

Parte recurrida: Roque

Procurador/a: Juan Alvaro Ferrer Pons

Abogado/a: MARC GARCIA MARSA

**SENTENCIA N° 102/2019**

Cuestiones.- Condiciones generales. Cláusula suelo. Vencimiento anticipado. Comisión de apertura. Comisión posiciones deudoras. Cláusula renuncia notificación cesión de créditos.

**SENTENCIA núm. 102/2019**

**Composición del tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTIN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

Nuria Barcones Agustin

En Barcelona, a veintiocho de enero de dos mil diecinueve.

**Parte apelante/ apelada:** Banco Popular Español, S.A. (antes Banco Pastor S.A.)

Letrado: Miguel Angel Pazos Moya



Procurador: M<sup>a</sup> Pilar Albacar Arazuri

**Parte apelada/apelante:** Roque

Letrado: Marc García Marsa

Procuradora: Alvaro Ferrer Pons

**Resolución recurrida:** Sentencia.

Fecha: 3 de octubre de 2017

Parte demandante: Roque

Parte demandada: Banco Popular Español, S.A. ( antes Banco Pastor S.A.)

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "*Se estima parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Ferrer en nombre y representación de D. Roque contra Banco Pastor, SA y DEBO DECLARAR Y DECLARO nula la cláusula suelo( cláusula cuarta) y de vencimiento anticipado( sexta bis), la cláusula cuarta relativa a comisión de apertura y a la reclamación de posiciones deudoras de la escritura de un préstamo con garantía hipotecaria otorgado el 24 de agosto de 2004 ante el Notario de Barcelona D. Rafael Ruz Núñez con el número de protocolo 1386 y en consecuencia DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad Banco Pastor, SA a realizar el recálculo de las cantidades pagadas en exceso por aplicación de la cláusula suelo, que deberán ser devueltas a la actora en su totalidad y desde el inicio del préstamo. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.*"

**SEGUNDO.** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada. Dado traslado a la demandante, presentó escrito de oposición e impugnación de la sentencia, del que se dio traslado a la demandada, quien presentó escrito de oposición.

**TERCERO.-** Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 21 de noviembre de 2018.

Ponente: Nuria Barcones Agustin.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO . Términos en los que aparece contextualizado el conflicto en esta instancia.**

1 . La parte actora interpuso demanda solicitando, en primer lugar, la declaración de nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario suscrito con la entidad demandada el 24 de agosto de 2004, interesando se condenara a la demandada al pago de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de dicha cláusula, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82 , 83 y 89 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , en relación con los artículos 7 a 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación . En concreto la estipulación cuarta, bajo el epígrafe "*límites a la variabilidad del tipo de interés*", establece que el tipo de interés aplicable no podrá ser inferior al 3,25% anual. También se cuestionaba la validez de las cláusulas de interés variable, vencimiento anticipado, de intereses remuneratorios, de comisiones y renuncia a las notificaciones de cesión de crédito.

2. La demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que Banco Popular había cumplido con los requisitos de información y transparencia, y, en definitiva, que la cláusula no era abusiva. En cualquier caso, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, alegó que no procedía la devolución de las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula con efectos retroactivos. Y en relación a la petición de nulidad del resto de cláusulas sostenía su validez.

3 . La sentencia declara la nulidad de la cláusula suelo y condena a la restitución de la cantidad desde el inicio del contrato. Asimismo, declara la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, comisión de apertura y de gastos por reclamación de posiciones deudoras. No hace imposición de costas al considerar que la demanda se ha estimado parcialmente.

4 . El pronunciamiento es recurrido en apelación por Banco Popular. Respecto a la cláusula suelo, estima que no es una condición general, al no concurrir los presupuestos de predisposición e imposición. Alega, además, errónea valoración de la prueba; entiende que la cláusula es clara y se cumplieron los requisitos exigidos por



el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre transparencia e información precontractual. Y estima que al no existir nulidad no cabe restitución alguna de cantidad. Que la comisión de apertura es válida al igual que la de gastos por reclamación de posiciones deudoras y defiende la validez de la cláusula de vencimiento anticipado.

5 . La parte actora se opone al recurso en este extremo y solicita la confirmación de la sentencia en lo relativo a la cláusula suelo y restitución de cantidad. E impugna la sentencia en cuanto a la cláusula de renuncia a la notificación de la cesión de créditos a terceros, la no condena al pago de intereses y la no imposición de costas.

**SEGUNDO.Sobre el control de transparencia de las cláusulas suscritas por consumidores. Doctrina jurisprudencial.**

6 . Planteados los términos del debate, la cuestión litigiosa ha de resolverse de acuerdo con los criterios sentados en la reciente sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013 (ROJ 1916/2013) -a la que se remiten reiteradamente las partes en sus escritos , y la más reciente de 8 de septiembre de 2014 (464/2014) . En términos generales, el Tribunal Supremo recuerda que el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, pueden ser objeto de control por la vía de incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la LGCGC -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" - y 7 de la citada Ley -"n o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles" (fundamento 201).

7. Junto a ese primer control, el Tribunal Supremo añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, que incluye el control "de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato" (fundamento 215), que se deduce de lo dispuesto en el artículo 80.1 del TRLGDCU, por el que los "contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberá cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 consideró que las cláusulas impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplían con las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 de la LGDC, pero no así las específicas de los contratos con los consumidores, todo ello de acuerdo con las consideraciones que recoge en los fundamentos 217 a 225.

8 . Como hemos dicho en sentencia de 12 de noviembre de 2014 (Rollo 410/2013) , cuyas consideraciones reiteramos en esta resolución, el fundamento del control de transparencia se sitúa por la jurisprudencia en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 , que admite el control de abusividad de una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato (excluidas en todo caso las relativas a la adecuación entre el precio y retribución, de una parte, y los bienes o servicios, de otra, que sirven de contrapartida).

9 . Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo (STJUE 30 de abril de 2014, apartado 73, y STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11 , apartado 49).

10. En consecuencia, la exigencia de transparencia, tal y como ha sido entendida por el TJUE y por nuestro TS, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, y debe centrarse, además de en el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las mismas y en los nexos que puedan tener con otras del contrato.

11 . Como se afirma en el voto particular que acompaña a la STS de 8 de septiembre de 2014 , resumiendo con claridad la doctrina del TS sobre el particular, el control de transparencia supone a la postre la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario a partir de la información que aquel le proporcionó.

Por esa razón el control de transparencia está relacionado no solo con el artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios , que regula los requisitos de inclusión, sino que también lo está con el artículo 82 del propio texto legal, que regula el control de contenido o abusividad.



La justificación del control de contenido por la falta de transparencia de la cláusula relativa a un elemento esencial del contrato procede del perjuicio que de la misma se puede derivar para el consumidor a consecuencia de la alteración de la onerosidad o carga económica que se deriva del contrato, que es consecuencia de que se le imposibilitó para elegir conscientemente la mejor de entre las diversas ofertas disponibles en el mercado.

**12.** En nuestro caso, la exigencia de transparencia se proyecta de forma esencial en la aptitud de la cláusula para hacer comprender al consumidor que, si bien el interés pactado por el préstamo era variable, estaba sometido a un límite importante por debajo del cual no podría bajar, cualquiera que fuera la evolución del mercado y, como consecuencia, del índice al que se hubiera referenciado el tipo variable fijado.

Es por ello por lo que las circunstancias que deben ser tomadas en consideración para analizar la transparencia de la cláusula son diversas y atienden de forma esencial a su ubicación en el contrato o a la información facilitada por la entidad financiera en la oferta comercial realizada o bien en las negociaciones o tratos que las partes llevaron a cabo, tal y como precisa la STS 464/2014 en el apartado 9 de su fundamento segundo.

**13.** Y precisa el TS en la Sentencia y apartado que acabamos de citar "...la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia".

### **TERCERO. Carácter abusivo de la cláusula suelo. Valoración del tribunal.**

**14.** Aplicada la anterior doctrina al presente caso, no podemos tener por acreditado, en primer lugar, que la cláusula impugnada fuera negociada individualmente con la actora y, en consecuencia, que no fuera impuesta por la entidad de crédito, al estar predispuesta para su inclusión en multitud de contratos. Recordemos que la carga de la prueba recae sobre el empresario (fundamentos 160 a 165 de la sentencia de 9 de mayo de 2013). No existe, en definitiva, el menor indicio de que el demandante hubiera podido influir en la supresión de la cláusula. La testifical practicada en el acto de juicio, de carácter genérico, nada acredita al no recordar el testigo la concreta operación ahora enjuiciada.

**15.** A partir de ahí, estimamos que la cláusula impugnada no supera el control de transparencia. No cuestionamos que la cláusula tenga una redacción clara y comprensible para el consumidor. Ahora bien, aparece ubicada en el contrato alejada de aquellos elementos que permiten calcular el interés aplicable durante la segunda fase del contrato. En concreto, entre el tipo de referencia (el Euribor a un año), junto con el diferencial (2,00 puntos porcentuales) y la cláusula que establece un límite a la variabilidad, hay seis páginas. Es más, intercalado entre esos dos parámetros imprescindibles para obtener el interés aplicable (referencia y diferencial) y la cláusula suelo, figuran cláusulas con escasísima trascendencia práctica que regulan aspectos secundarios, como las bonificaciones y reducciones del diferencial, la definición del Euribor o los distintos tipos de interés sustitutos. Ello puede desorientar al consumidor, evitando que centre su atención en aquello que es realmente importante. En definitiva, que la cláusula se relegue, anteponiendo otras de menor trascendencia, contribuye a devaluar su enorme incidencia en la determinación del precio, máxime en contextos, como el actual, de bajos tipos de interés.

**16.** La oferta vinculante (documento cuatro de la contestación, al folio 183) sigue el mismo esquema formal de la escritura pública y, por tanto, presenta, a estos efectos, las mismas carencias. Entre el tipo de interés ordinario y la cláusula suelo se intercalan los pactos relativos a bonificaciones, reducciones o tipos sustitutos. Es más, en la oferta vinculante no aparece destacado el límite a la variabilidad del tipo de interés. Tal y como aparece redactada la oferta, cuesta localizarlo, pese a su gran repercusión en el cálculo del interés que resulta de aplicación.

**17.** Fuera de la oferta vinculante, no consta que se diera al demandante por escrito información detallada de las condiciones de préstamo y, en especial, de la cláusula de limitación de los tipos de interés.

**18.** No consta, en definitiva, que se diera información suficiente para que el demandante pudiera comprender y valorar las consecuencias económicas y jurídicas que se derivaban de la aplicación de la cláusula impugnada.

En consecuencia, confirmamos la declaración de nulidad de la cláusula de limitación del tipo de interés por no superar el control de transparencia.

### **CUARTO. Sobre los efectos de la nulidad de una cláusula declarada abusiva.**

**19.** El 21 de diciembre de 2016 se hizo pública la resolución del Tribunal Europeo (ECLI:EU:C:2016:980), en la que se concluye:



"73.- (...) una jurisprudencia nacional como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C 415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

74.- *En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión.*

75.- De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Por lo expuesto, debemos desestimar el recurso y confirmar el pronunciamiento de nulidad de la cláusula suelo y restitución de cantidad desde la firma del contrato.

#### **QUINTO. De la cláusula de vencimiento anticipado.**

**20** . Es objeto de recurso la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado (sexta bis). En relación con las cláusulas de vencimiento anticipado, como la aquí impugnada, recordemos, como hemos señalado en anteriores ocasiones, que el artículo 693.1º de la LEC, en su redacción originaria, contemplaba el vencimiento del préstamo por el impago de cualquiera de sus cuotas, al establecer que *"lo dispuesto en este Capítulo (relativo a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados), será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si viciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro"* .

**21** . El Tribunal Supremo también había declarado la validez de cláusulas de contenido análogo. Así, en sentencia de 16 de diciembre de 2009, al tratar sobre la validez de la cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota del préstamo concluyó lo siguiente: *"la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el artículo 1255 del Código civil que la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa, verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo"*, citando al respecto las sentencias del mismo Tribunal de 7 de febrero de 2000, 9 de marzo de 2001, 4 de julio de 2008 y 12 de diciembre de 2008.

**22** . Ahora bien, la STJUE de 14 marzo 2013 aborda la cuestión, concretando los parámetros que ha de valorar el juez nacional ante este tipo de cláusulas en los siguientes términos: *"En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogada General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo"* (Aptdo. 73).

**23** . La doctrina establecida en esa sentencia ha sido incorporada a nuestro Ordenamiento por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modifica el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exigiendo el impago de al menos tres mensualidades para que pueda instarse la ejecución hipotecaria.



**24.** En el presente caso, a diferencia del incidente de oposición a la ejecución del artículo 695 de la LEC, en el que se puede valorar las circunstancias concretas del incumplimiento y la forma en que se ha ejercitado la resolución, el carácter abusivo de la cláusula lo hemos de analizar en abstracto. No es posible, por tanto, analizar si resulte aplicable la normativa nacional en un eventual proceso de ejecución. Pues bien, la cláusula impugnada permite a la entidad de crédito dar por vencido el crédito a partir de un incumplimiento que en ningún caso podríamos considerar grave o esencial, en atención a la cuantía y duración del préstamo, como es el impago de una sola cuota. La respuesta al incumplimiento -el vencimiento anticipado y la pérdida del plazo- es desproporcionada y, en consecuencia, la cláusula es abusiva conforme a lo dispuesto en el artículo 82.1º y 85.4º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

**25.** La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618) corrobora el mismo criterio al concluir que una cláusula que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo debe reputarse abusiva, dado que el incumplimiento no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Reproducimos a continuación los pasajes más relevantes de esa Sentencia que dan respuesta a las objeciones de la recurrente:

*"Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno -se refiere al artículo 693 de la LEC en su redacción inicial-, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.*

*Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula y no sobre su aplicación."*

Confirmamos, por tanto, el criterio de la sentencia apelada.

#### **SEXTO. Comisión de apertura.**

**26.** La sentencia declara nula la cláusula cuarta, que contempla la comisión de apertura y la comisión por reclamación de posiciones deudoras. Por lo que se refiere a la comisión de apertura, la cláusula cuarta contempla la cantidad de 745 euros pagaderos al formalizarse la operación.

**27.** Sobre la comisión de apertura existe disparidad de criterios judiciales. Se ha mantenido por distintas Audiencias Provinciales el carácter abusivo de la cláusula por entender que la comisión no responde a servicios efectivamente prestados o que estos son los propios de la actividad bancaria, por lo que la cláusula infringiría el artículo 87.5º del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que considera abusiva la estipulación "que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva" ( Sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de 20 de abril de 2008 - ECLI ES:APG:20187-, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 11 de mayo de 2018 -ECLI ES:APPO:2018:400 ) o de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, de 19 de abril de 2018, ECLI ES:APCS:2018:34 ). Para los partidarios de esta tesis, el prestamista sólo puede percibir como retribución el interés pactado.

**28.** Para otras Audiencias Provinciales la comisión de apertura es válida por estar contemplada en normas nacionales y europeas con rango de ley o reglamentario, que obedece a actuaciones efectivas de carácter precontractual, siempre que la cláusula supere el control de transparencia y sea conocida con antelación suficiente por el consumidor, a los efectos de poder valorarla conjuntamente con el resto de condiciones del préstamo y compararla con otras ofertas del sector. En este sentido se pronuncian la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª (Sentencia de 4 de abril de 2018, ECLI ES:APV:2018:237), la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4ª (Sentencia de 29 de noviembre de 2011, ECLI ES:APC:2017:2857), la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª (Sentencia de 15 de junio de 2018, ECLI ES:APLE:2018:589), la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª (Sentencia de 23 de noviembre de 2017, ECLI ES:APM:2017:16225) o la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª (Sentencia de 7 de febrero de 2017, ECLI ES:APT:2017:71).

**29.** Compartimos la segunda de las tesis expuestas, pues entendemos, de un lado, que la comisión de apertura forma parte del precio y, por tanto, que no es posible el control de contenido, siempre que la cláusula se incorpore al contrato con transparencia. De otro lado, de entenderse que por su carácter accesorio respecto de

la retribución principal (los intereses) la cláusula no integra el objeto principal de contrato y, por tanto, que cabe el control de abusividad, estimamos que la comisión de apertura es válida por no estar comprendida en ninguno de los supuestos de los *artículos 85 a 89 de la LGDCU* ni en el concepto general de cláusula abusiva del artículo 82. Distintas normas corroboran la validez de la comisión de apertura, permiten su repercusión al prestatario y precisan a qué servicios responde, que entendemos evidentes, pues es notorio que la formalización de un préstamo viene precedida de actuaciones concretas, como el estudio de las condiciones personales y de solvencia del deudor, la valoración de las garantías o la preparación de la documentación. Esas actuaciones pueden llevarse a cabo con recursos de la propia entidad de crédito o con la intervención de entidades de intermediación, entidades que la Ley reconoce y regula.

**30** . La comisión de apertura aparece recogida por primera vez en la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que es modificada por la Circular 5/1994, de 22 de julio. Según la norma tercera 1, bis, apartado b), " *en los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refiere el artículo 1 de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en lo sucesivo Orden sobre préstamos hipotecarios), la comisión de apertura, 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. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.*"

**31** . La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, desarrollada por la Circular 5/1994, también menciona y regula la comisión de apertura, contemplando cómo debe figurar en el folleto informativo (anexo I, apartado cuarto) y en las cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario (anexo II, apartado cuarto).

**32** . 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, eleva la regulación de la comisión de apertura a rango de Ley. El *artículo 5, en su apartado primero, establece con carácter general que las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las previstas en dicha Ley, la Ley de Usura de 1908 y la LGDCU*. El mismo apartado primero añade que " *las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos*", servicios que deberán ser solicitados o aceptados por el consumidor. Pero es el apartado segundo, párrafo b), el que regula la comisión de apertura, identificando los servicios a los que responde. Dicha norma dice lo siguiente:

" *En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito . En el caso de préstamos o créditos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito.*"

*Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito."*

**33** . La normativa nacional se completa con la Orden EHA/2899/2011/, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que desarrolla los requisitos de transparencia e información precontractual sobre los servicios bancarios y comisiones, así como por la Circular 5/2012 de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

**34** . También distintas Directivas europeas contemplan las comisiones, junto con otros gastos, y su repercusión al consumidor, como la Directiva 2008/48, relativa a los contratos de crédito al consumo ( *artículo 3, letra g*) o la Directiva 2014/17 , sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (considerando 50 o para el cálculo de la tasa anual equivalente -TAE-).

**35** . Como hemos adelantado, entendemos que la comisión de apertura forma parte del precio y, en consecuencia, que no es posible el control de contenido en el sentido de valorar si existe una adecuada correlación entre el precio y los servicios remunerados. Por el momento en que se satisface -antes o con la suscripción del préstamo- remunera los servicios previos o coetáneos a la concesión (estudio de la operación, análisis del riesgo, valoración de las garantías...). Recordemos que, de acuerdo con el *artículo 4.2 de la Directiva 93/13* , la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato " *ni a la adecuación entre el precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que*



hayan de proporcionarse como contrapartida", siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Las Sentencias del TJUE de 26 de febrero de 2015 (Sentencia *Matei*) y la de 30 de abril de 2014 (Sentencia *Kasler*) analizan alcance de dicho precepto y delimitan qué tipo de cláusulas escapan del control de abusividad. Dichas Sentencias distinguen dos categorías de cláusulas; en primer término, las cláusulas relacionadas con el "objeto principal del contrato" (fundamentos 43 a 51 de la Sentencia *Kasler*) que son aquellas "que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan" (fundamento 49). Otras cláusulas de carácter accesorio, por el contrario, no estarían incluidas en el concepto de objeto principal del contrato (fundamento 50).

**36.** Por otro lado, el artículo 4.2 contempla una segunda categoría de cláusulas excluidas del control de contenido, que son aquellas relacionadas con la "adecuación entre precio y retribución, por un parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otras" o, en los términos del considerando decimonoveno de la Directiva, las "cláusulas que describan la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación" (fundamentos 52 a 58 de la Sentencia *Kasler* y fundamentos 55 y siguientes de la Sentencia *Matei*). La exclusión del control de contenido se explica, como señala el TJUE, por no existir ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. La comisión de apertura se corresponde con este tipo de cláusulas, por lo que no es posible controlar su contenido y, en concreto, si resulta o no exagerada o desproporcionada, siempre, claro está, que la cláusula se redacte de manera clara y comprensible, cosa que en este caso no se discute, y que supere el control de transparencia, esto es, que al consumidor se le ofrezca con antelación suficiente información de la cláusula para que conozca o pueda conocer la carga jurídica y económica que supone para él. Tampoco se discute en este caso que la parte actora conociera su existencia con tiempo suficiente para compararla con otras del sector, lo cual parece obvio atendida su sencillez (el pago de una cantidad fija) y el momento en que se hace efectiva.

**37.** Pero es más, tal y como hemos señalado, aun aceptando la posibilidad de analizar el carácter abusivo de la cláusula, por su carácter accesorio respecto de la obligación principal del prestatario (la devolución del principal y el pago de los intereses convenidos), entendemos que la comisión de apertura en modo alguno puede considerarse abusiva. No está comprendida en ninguno de los supuestos de los artículos 85 a 89 de la LGDCU. Como venimos diciendo, es la propia Ley la que respalda la validez de la comisión de apertura y precisa qué servicios compensa, admitiendo expresamente su repercusión al prestatario. La Ley 2/2009 alude a los gastos de " estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario" y como tales podemos incluir el examen de las circunstancias personales del deudor, su solvencia, valoración de las garantías reales o personales y, en general, todas aquellas actuaciones necesarias para la aprobación del préstamo y la preparación de la documentación. No es posible, por tanto, incardinar la comisión de apertura en el apartado quinto del artículo 87, que considera abusivas, por falta de reciprocidad, las estipulaciones que prevean "el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva".

**38.** Tampoco estimamos razonable que se exija a la entidad de crédito que justifique los gastos soportados o las actuaciones llevadas a cabo para la formalización del préstamo. Ello es contrario al diseño de la comisión de apertura en la Ley 2/2009 y hace inviable el cumplimiento de las exigencias de transparencia y publicidad de la comisión de apertura establecidas en la citada Ley. Los artículos 5 y 6 distinguen entre gastos repercutibles, a justificar, y las comisiones, a las que atribuye una naturaleza compensatoria. La Ley establece que los gastos de estudio, concesión y tramitación del préstamo hipotecario se compensen por medio de la comisión de apertura, por cuanto esas actuaciones, en su mayor parte, se llevan a cabo con recursos propios, y por cuanto los servicios asociados a la concesión de un préstamo son similares en todos los casos y en buena medida comunes a todo prestatario. Al establecerse un porcentaje sobre el capital, la comisión se eleva en función de su importe, dado que a mayor importe, mayor riesgo y más exhaustivo ha de ser el estudio de la operación. Por otro lado, de exigirse al prestamista que justifique el esfuerzo realizado y los gastos asumidos, acomodando la comisión a las circunstancias particulares de cada consumidor, no sería posible cumplir con las obligaciones legales de publicidad en los Registros, tablones de anuncios o folletos informativos que la Ley 2/2009 impone a las entidades de crédito.

**39.** Es cierto que el artículo 5 de la Ley 2/2009, tras establecer que las empresas establecerán libremente sus tarifas por comisiones, condiciones y gastos repercutibles, deja a salvo las limitaciones contenidas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, en materia de cláusulas abusivas. Sin embargo no parece razonable, por cuanto genera inseguridad jurídica, afirmar que la comisión de apertura es lícita de acuerdo con la Ley 2/2009 e ilegal, por abusiva, conforme a la LGDCU de 2007, cuando no encaja en ninguno de sus preceptos. Tampoco podemos aceptar que la comisión de apertura sea ilícita o abusiva por compensar un servicio inherente a la actividad o al propio negocio bancario, argumento que justificaría la ilicitud de todo tipo de comisiones bancarias.

**40.** Por similares motivos tampoco podemos justificar el carácter abusivo de la cláusula con fundamento en la cláusula general del artículo 82.1º de la LGDCU (las estipulaciones no negociadas individualmente que, " en





contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"). La norma exige los siguientes requisitos: a) Contravención de la buena fe contractual por parte del predisponente y b) un desequilibrio "importante" de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato. El desequilibrio, según el considerando 16 de la Directiva 13/1993, exige una evaluación global de los intereses en juego y la buena fe la necesidad de que el predisponente trate de manera leal y equitativa a la otra parte. No existe desequilibrio y mucho menos puede calificarse de "importante" cuando la comisión compensa servicios concretos. Además, la valoración del desequilibrio no puede reducirse al contenido de la cláusula, sino que debe estar referido al conjunto de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y no cabe hablar de mala fe o conducta desleal de la entidad de crédito cuando existe una norma legal que habilita la comisión de apertura y cuando su uso se ha extendido, estando presente en la práctica totalidad de las operaciones de préstamo. La mala fe del Banco habría que vincularla a la introducción de la cláusula de forma sorpresiva, sin dar la oportunidad real al consumidor de optar por otras ofertas distintas. En este caso no es controvertido que la actora pudo conocer su importe con antelación suficiente y comparar las condiciones de su préstamo, incluida la comisión de apertura, con las de otras entidades de crédito.

En este punto, por tanto, estimamos el recurso de la parte demandada, dejando sin efecto la declaración de nulidad de la comisión de apertura.

#### **SÉPTIMO. Comisión por reclamación de posiciones deudoras.**

41. La sentencia también declara la nulidad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras, la cláusula cuarta dispone que la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer a la entidad de crédito, en concepto de gastos de reclamación de posiciones deudoras la suma de 25 euros, liquidable y pagadera por una sola vez en cada nueva posición deudora que se produzca, para compensar los gastos de gestión de regularización (como teléfono, telégrafo, télex, desplazamiento, siempre que se realicen efectivamente las reclamaciones. En este caso debemos confirmar el criterio de la sentencia apelada. Tal y como dijimos en *nuestra Sentencia de 26 de mayo de 2017* (Rollo 734-2015), la comisión en este caso no responde a un servicio de gestión de cobro, sino que se devenga por cada recibo impagado y aunque el impago no haya generado gasto o perjuicio alguno. Además, la liquidación se produce con la cancelación de la posición deudora, cualquiera que sea el alcance de la reclamación. Tal como está redactada la cláusula, sin una determinación clara del servicio o gestión que la entidad financiera deba realizar y que justifique la comisión, entendemos que encaja en la previsión del apartado 6 del artículo 85 de la LGDCDU, que reputa abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no cumpla sus obligaciones.

#### **OCTAVO. Sobre la cláusula de cesión del crédito a terceros.**

42. El recurso del demandante afirma que también resulta abusiva la estipulación del contrato por virtud de la cual la entidad acreedora se reserva la facultad de transferir a cualquier otra persona o entidad todos los derechos derivados del contrato sin necesidad de tener que notificar la cesión al deudor, quien renuncia al derecho que le concede el art. 149 LH. Afirma el recurso que esa renuncia al derecho a ser notificado cuando exista una cesión de derechos supone una merma de sus derechos.

#### *Valoración del tribunal*

43. Debemos partir de que la cesión de crédito es admitida, con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 1.112 del Código Civil y está regulada, con carácter particular, en los artículos 1.526 y ss del Código Civil; es igualmente admitido que al no ser el deudor cedido parte del negocio jurídico de cesión no es necesario su conocimiento ni consentimiento para la perfección del aquél.

44. En todo caso, la cesión de crédito no puede perjudicar los derechos del cedido, por lo que si la desconoce y satisface la prestación al primitivo acreedor cedente queda libre de su obligación y nada puede reclamar el nuevo acreedor cesionario ( artículo 1.527 del Código Civil ), pero si, por el contrario, el cedido tiene conocimiento de la cesión, sólo libera la obligación si paga al cesionario.

45. Además, el deudor cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones objetivas o reales que pudiera oponer a su primitivo acreedor, debiendo tener en cuenta que el artículo 1.198 del Código Civil señala que el deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores. Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión.



**46** . La cesión del crédito hipotecario también está contemplada en los artículos 149 y ss y 176 de la Ley Hipotecaria (LH) y artículos 242 a 244 del Reglamento Hipotecario (RH). Y en lo que aquí nos interesa, el artículo 151 de la LH recuerda que cuando se haya omitido la **notificación**, cuando haya de realizarse, será responsable de los perjuicios el cedente, y el artículo 242 del RH indica que del contrato de cesión se habrá de dar conocimiento al deudor salvo que hubiera renunciado a ese derecho en escritura pública o se tratase del supuesto previsto en el artículo 150 de la LH, es decir, hipoteca constituida para garantizar obligaciones transmisibles por endoso o títulos al portador.

**47**. Sobre la discusión sobre la nulidad de la cláusula de renuncia a la notificación de la cesión de crédito se ha pronunciado el *Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de septiembre de 2009*, donde tras analizar la nulidad por abusiva de una cláusula de cesión del contrato, analiza la de **cesión de crédito** considerando que

*"La cláusula no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los arts 1112, 1528 y 1878 CCy149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión del contrato, el consentimiento del deudor cedido... Lo que resulta, sin oscuridad, de la cláusula y que explica su consignación, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación "contra proferentem" (art. 1258 CC) es que por el adherente se renuncia a la **notificación**, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts 1527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil.*

*Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado 14 de la DA 1ª LGDCU. La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (ST 1 de octubre de 2001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de 2002). La renuncia anticipada a la **notificación**, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva "la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos". La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente.*

*La misma doctrina es aplicable a la **cesión de crédito** hipotecario. El artículo 149 LH admite que pueda cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de **notificación** no afecta a la validez, pero conforme al art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esa falta. Es cierto que el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas "Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley" (art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso".*

**48**. Por consiguiente, la cláusula impugnada debe reputarse abusiva por imponer una limitación de derechos de conformidad con el artículo 86.7 TRLGDCU además de privar o restringir al consumidor de las facultades de compensación de créditos (artículo 86.4 TRLGDCU).

#### **NOVENO. De los intereses legales.**

**49** . El demandante impugna la sentencia al estimar que la misma debió condenar al pago de los intereses al ser inherentes a la declaración de nulidad sin necesidad de petición expresa en el suplico. Y señala que sí que se hacía mención a los mismos en la demanda como efecto restitutorio en el apartado de Fundamentos de Derecho VII, punto 4, página 62 en la que se solicitaba de modo expreso el pago de intereses legales desde la fecha de cobro de cada una de las cuotas hasta el día de su pago y se enunciativa la normativa de aplicación. La demandada se opone a esta pretensión y estima que debe confirmarse la sentencia en este extremo.

**50** . Ciertamente, el suplico de la demanda no contiene una petición expresa de condena al pago de intereses, pero sí que se hace mención a tal pretensión en el cuerpo de la demanda tal y como ya se ha indicado. Por otro lado, la condena al pago de intereses es un efecto inherente a la declaración de nulidad (art. 1303 CC), por lo que procede la condena al pago de los intereses legales calculados desde la fecha de cobro de cada una de las cuotas hasta el día de su pago.

#### **DÉCIMO. De las costas procesales.**

**51**. El demandante recurre el pronunciamiento relativo a las costas en primera instancia al estimar que ha habido una estimación sustancial de la demanda y no una estimación parcial.



No puede compartirse dicho criterio. La demandante peticiona como pretensión principal la nulidad de la cláusula suelo y los efectos restitutorios derivados de tal declaración y menciona en el suplico como peticiones adicionales el resto de pretensiones. No puede estimarse que se trate de peticiones adicionales pues no son consecuencia de la pretensión principal, sino pretensiones independientes y habiéndose estas desestimado en parte la demanda, la estimación es parcial y no sustancial.

**52.** En relación con las costas del recurso de apelación interpuesto por Banco Popular SA, estimado en parte el recurso, no hay imposición de costas ( art.398 LEC ).

**47 .** Del recurso interpuesto por el demandante, al haberse estimado el mismo en parte, no hay imposición de costas ( art.398 LEC ).

## FALLAMOS

Estimando en parte los recursos del demandante y el demandado modificamos la resolución recurrida en los sentidos siguientes: se revoca la declaración de nulidad de la comisión de apertura contenida en la cláusula cuarta del contrato de préstamo hipotecario de fecha 24 de agosto 2004 y estimando parcialmente la impugnación formulada por Roque y, en consecuencia, se condena a la demandada a pagar los intereses legales desde la fecha de cobro de cada una de las cuotas hasta su pago y se declara la nulidad de la cláusula por virtud de la cual la entidad acreedora se reserva la facultad de transferir a cualquier otra persona o entidad todos los derechos derivados del contrato sin necesidad de tener que notificar la cesión al deudor. Sin imposición de las costas en ninguna de las dos instancias, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.