



Roj: **SAP LE 971/2017 - ECLI: ES:APLE:2017:971**

Id Cendoj: **24089370012017100332**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2017**

Nº de Recurso: **403/2017**

Nº de Resolución: **335/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LEON

SENTENCIA: 00335/2017

Modelo: N10250

C/ EL CID, NÚM. 20

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 987 23 31 35 Fax: 987 23 33 52

Equipo/usuario: MOR

N.I.G. 24089 42 1 2016 0008184

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000403 /2017

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.1 de LEON

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000949 /2016

Recurrente: Fernando , María Antonieta

Procurador: CRISTINA DE PRADO SARABIA, CRISTINA DE PRADO SARABIA

Abogado: SANTIAGO JOSE VIDALES GARCIA, SANTIAGO JOSE VIDALES GARCIA

Recurrido: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

Procurador: ILDEFONSO DEL FUEYO ALVAREZ

Abogado: MARIA OLGA ESTRADA FERNANDEZ

SENTE NCIA NÚM. 335/2017

Ilmos . Sres.

D^a. Ana del Ser López.- Presidenta

D. Manuel García Prada.- Magistrado

D. Ricardo Rodríguez López.- Magistrado

En León a Cuatro de Octubre de dos mil diecisiete.

VISTO ante el Tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta ciudad, el recurso de apelación civil num. 403/2017, en el que han sido partes, D. Fernando y D^a María Antonieta , representados por la procuradora D^a. Cristina de Prado Sarabia bajo la dirección del letrado D. Santiago-José Vidales García, como APELANTES, y BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por el procurador D. Ildelfonso del Fueyo Álvarez



bajo la dirección de la letrada D^a. María- Olga Estrada Fernández, como APELADO. Interviene como Ponente del Tribunal para este trámite el ILTMO. SR. D. Ricardo Rodríguez López.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIME RO .- En los autos nº 949/2016 del Juzgado de 1^a Instancia número 1 de León se dictó sentencia de fecha 4 de mayo de 2017 , cuyo fallo, literalmente copiado dice: " *Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Fernando y Dña. María Antonieta , representados por la Procuradora Sra. de Prado Sarabia, contra Banco Popular Español, SA, representado por el Procurador Sr. del Fueyo Álvarez: "1) Debo declarar y declaro la nulidad, por abusiva, de la cláusula por la que se fija un límite mínimo al tipo de interés variable ("cláusula suelo"), que rige en el préstamo hipotecario que vincula a las partes en virtud de escritura publica otorgada por las mismas en fecha 12 de enero de 2010, condenando a la demandada a eliminar tal cláusula del contrato y a restituir a los demandantes las cantidades percibidas en su aplicación desde el inicio de la vigencia del contrato, más los intereses legales devengados por dichas cantidades desde las fechas de sus respectivos cargos. 2) Debo absolver y absuelvo a la demandada de los demás pedimentos contra ella deducidos. 3) Sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia "* .

SEGUN DO .- Contra la precitada Sentencia se interpuso recurso de apelación por D. Fernando y D^a María Antonieta . Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dio traslado al apelado que lo impugnó en tiempo y forma. Sustanciado el recurso por sus trámites se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial ante la que se personaron en legal forma las partes en el plazo concedido al efecto. Por el Servicio Común de Ordenación del Procedimiento se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Rodríguez López, y se remitieron las actuaciones a la Unidad Procesal de Ayuda Directa de este tribunal, en la que tuvieron entrada el día 10 de julio de 2017. Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 19 de septiembre de 2017.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIME RO.- Delimitación del objeto del recurso de apelación.

La sentencia recurrida estima en parte la demanda presentada: declara la abusividad de la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés (cláusula suelo) y la anula, y rechaza la petición de anulación de la otra cláusula impugnada (estipulación 1.2 de las cláusulas financieras, referida al pago de prima de seguro de amortización del préstamo por fallecimiento de los prestatarios).

Resumidamente, la sentencia se funda en los siguientes motivos:

1.- "[...] *la formalización de un seguro como el que nos ocupa no constituye imposición al prestatario de un servicio no solicitado, sino constitución de una garantía, adicional a la hipoteca, para el aseguramiento de la amortización del préstamo [...] no carecen los propios prestatarios de interés en la formalización del seguro, en tanto que los beneficios del mismo les alcance directamente en los supuestos de invalidez [...] para caso de su fallecimiento, sus herederos no vayan a verse gravados por la amortización del préstamo [...]*".

2.- "[...] *el seguro se formalizó en documentos separados distintos de la escritura pública, que se firmaron casi un mes antes del otorgamiento de dicha escritura, por lo que difícilmente puede considerarse que los prestatarios no fueran conscientes de la contratación del seguro y del precio del mismo [...]*".

3.- "[...] *no siendo verosímil que, dado el importe de la prima, 13.068,91 euros, les pasara inadvertido el incremento del capital [...]*".

Los demandantes interpusieron recurso de apelación para pedir la anulación de la estipulación 1.2 de las cláusulas financieras. Se funda en que la cláusula impugnada fue impuesta por la demandada y no fue negociada, que produjo a los demandantes un evidente perjuicio y que no fue negociada con la debida transparencia.

La recurrida se opone al recurso de apelación interpuesto:

1.- Porque " *no comprende exactamente la abusividad que se pretende hacer valer respecto de la cláusula, que se limita a dejar constancia de una forma de pago de un contrato de seguro, anterior a la propia hipoteca y contratado con un tercero "* .

2.- Porque la exigencia de suscripción de un seguro de vida para el prestamista " *no puede considerarse en absoluto una condición abusiva, sino una garantía a favor de mi mandante [...]* Pero incluso resulta beneficiosa para la actora o sus herederos [...]" .

3.- Porque no existe una cláusula de contratación de seguro de vida en el contrato de préstamo.



4.- Porque es una garantía más pactada por las partes que podría, incluso, justificar un vencimiento anticipado en caso de ser eliminada, al suponer una disminución de las garantías establecidas.

Sobre un supuesto prácticamente idéntico al presente, este tribunal se pronunció en su sentencia 314/2015, de 16 de diciembre. A fin de evitar extensas citas de la misma, se seguirá su estructura y fundamentación, con las oportunas correcciones del caso concreto y con algún añadido de fundamentación. Se da la particularidad de que tanto la demandada como la aseguradora son las mismas que en el presente procedimiento. No obstante lo cual, y como se ha indicado, solo se seguirá la estructura y fundamentos de dicha sentencia en tanto en cuanto sean directamente aplicables a este caso, con la oportuna individualización.

SEGUN DO .- Sobre la cláusula impugnada.

Para decidir sobre una eventual abusividad de la estipulación 1.2 de las condiciones financieras se ha de determinar, en primer lugar, si existe tal cláusula, porque la parte recurrida afirma que no es más que un expositivo en el que se deja constancia de una orden de transferencia de una suma de dinero para el pago de la prima de un contrato de seguro de amortización de préstamo para caso de fallecimiento de los prestatarios.

Para ello hemos de tener en cuenta:

1.- Los boletines de adhesión al seguro de vida para amortización de créditos no tienen fecha de suscripción, pero consta en ellos que la solicitud se efectuó el día 15 de diciembre de 2009 y, por lo tanto, con anterioridad al contrato de préstamo que se suscribió el día 12 de enero de 2010, e incluso con anterioridad a la oferta vinculante que se suscribió el día 4 de enero de 2010.

2.- Los boletines de adhesión al contrato de seguro se gestionan a través de la sucursal de la entidad demandada en la que siguieron las actuaciones sobre la contratación del préstamo, actuando como mediador una sociedad integrada en grupo Banco Popular, como así consta en la solicitud de adhesión: " *Mediador: POPULAR DE MEDIACIÓN, S.A. Operador de banca-seguros vinculado* ".

3.- El tomador y beneficiario del préstamo es la entidad prestamista.

4.- En la sentencia 314/2015, de 16 de diciembre, de este tribunal, se dice: " *La aseguradora con la que se contrata también forma parte del grupo Banco Popular, como así resulta de la documental aportada con la demanda, pero también de los datos obrantes en el contrato de seguro: el domicilio social de la aseguradora (EUROVIDA, S.A.) y el de la mediadora (POPULAR DE MEDIACIÓN, S.A.) es el mismo (folios 72-73 y 74-75): C/ María de Molina, 34, 28006-Madrid* ". En tal afirmación se puede sustentar la presente sentencia con base en el efecto indirecto o reflejo de cosa juzgada: " *La jurisprudencia de esta Sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquellos contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 2003, 7 de mayo de 2007)* " (STS, Sala 1ª, de fecha 24 de junio de 2014, recurso nº 957/2012).

5.- El documento presentado como oferta vinculante para préstamo hipotecario resulta sumamente ilegible, pero sí se llega a atisbar, gracias a la ampliación que permiten los medios informáticos, que en la cláusula quinta, referida a gastos, se alude a la prima del seguro de amortización del préstamo, por lo que podemos inferir que el pago de la prima se contempló como condición financiera a cargo del prestatario. Y aunque es ilegible todo lo referido a su importe, se puede inferir que es de el de 13.068,91 que se detrae del capital del préstamo.

6.- En la escritura pública de otorgamiento del préstamo hipotecario se dispone el pago directo por el prestamista a la aseguradora del importe de la prima, detrayéndolo directamente del importe del capital del préstamo.

A tenor de lo expuesto, queda más que claro que la entidad financiera impuso a los consumidores el aseguramiento porque contempló el pago de la prima como condición financiera en la oferta vinculante junto con las demás que integran el contrato de préstamo. Y no solo los contempló en la oferta vinculante sino que bastante antes de que se confeccionara ya se había solicitado la adhesión al contrato de seguro y, a pesar de que todavía no se había otorgado la escritura pública, en la solicitud de adhesión ya se reseñaba como fecha de efectos la misma fecha en la que aquella se otorgó. Es decir, todo está previsto de antemano: se solicita la adhesión al contrato de seguro el día 15 de diciembre de 2010, cuando ni siquiera había trazas de contratación del préstamo que se aseguraba (no estaba firmada ni la oferta vinculante), pero ya se indica en la solicitud de adhesión una fecha futura de formalización en la que se terminó finalmente otorgando el préstamo, y en el mismo momento del otorgamiento de la escritura pública se retiene parte del principal para el pago de la prima, de modo que todo se desarrolla en el ámbito exclusivo de disposición del prestamista que impone el aseguramiento y efectúa el pago por cuenta de los prestatarios. Por más que se redacte la cláusula



indicando que los prestatarios dan una orden de transferencia, ésta se vincula directamente a la contratación del préstamo.

En definitiva, los prestatarios nunca llegan a entrar en lo que podríamos denominar como ámbito de decisión sobre la contratación del seguro (puede contratar o no contratar el préstamo hipotecario pero el aseguramiento es una condición impuesta):

- a) Es la entidad financiera la que impone la condición con la oferta vinculante después de haberse garantizado la adhesión de los prestatarios al contrato de seguro.
- b) La solicitud de adhesión al contrato de seguro se cursa a través de las oficinas del prestamista, que recurre a la mediación y a su contratación a través de sociedades de su mismo grupo.
- c) Es la entidad financiera la que se designa tomadora y beneficiaria, reduciendo a los prestatarios a la condición pasiva de asegurados.
- d) Se impone la contratación de una prima única anticipada predeterminada en la solicitud de adhesión, sin que consten otras opciones, y se retiene del principal del préstamo el importe para su pago que nunca llega a estar a disposición de los prestatarios, garantizando con ello que a la firma del contrato de préstamo la operación quedaba cerrada: si no se acepta la retención para el pago de la prima el Banco retiene para sí la opción de no firmar el contrato de préstamo, y así impone la condición del aseguramiento que se contiene en la oferta vinculante.

A tenor de todo lo expuesto, aunque en el párrafo segundo del apartado 1.2 de las condiciones financieras no se recoja un contenido obligacional específico sí responde a una cláusula que impone el aseguramiento como así resulta de los hechos relatados y, en particular, porque la oferta vinculante integra la contratación pactada. Conviene recordar, al respecto, que en el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, se definen las condiciones generales " *con independencia [...] de su apariencia externa [...] y de cualesquiera otras circunstancias* ". Y en el artículo 82 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, se considera cláusulas abusivas tanto las estipulaciones no negociadas individualmente como las " *prácticas no consentidas expresamente* ".

Tanto la mediadora como la aseguradora son meras destinatarias de la adhesión (para su gestión o para la contratación) que tiene su origen en la actividad de los empleados de la prestamista quien, además, se antepone en todo momento a los prestatarios ocupando las posiciones activas del contrato de seguro (tomadora y beneficiaria) junto con la aseguradora; los prestatarios son meros asegurados: las personas que se designan para la contingencia cubierta por el contrato de seguro, de modo que si fallece alguno de los prestatarios la prestamista adquiere el derecho a la indemnización para el pago de las sumas pendientes de pago y, además, es quien, como tomadora contrata con la aseguradora.

En definitiva: el párrafo segundo del apartado 1.2 de las condiciones financieras del contrato de préstamo incorpora una cláusula de imposición del aseguramiento en los términos predisuestos por el prestamista.

TERCE RO .- Sobre la abusividad de la cláusula.

A) Sobre el control de transparencia de la cláusula impugnada por los demandantes.

La obligación de contratar seguro de amortización de un crédito no se puede considerar, en sí misma, como abusiva -sin entrar a analizar las circunstancias particulares de cada caso-. Ciertamente es que la beneficiaria del seguro es la prestamista, pero el crédito que se amortiza, total o parcialmente, es un crédito del prestatario que se beneficia de esa extinción total o parcial si el seguro cubre la contingencia de invalidez, o beneficia a sus herederos si cubre la contingencia de fallecimiento. Con carácter general, tampoco supone una garantía adicional exorbitante porque los acontecimientos económicos recientes han demostrado que la hipoteca no es garantía definitiva y determinante del pago del crédito, por lo que una garantía adicional, como lo pueda ser el seguro de amortización del crédito, no se puede considerar injustificada. Otra cosa es la modalidad de prima contratada y su coste que sí puede llegar a suponer un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor.

Así pues, la exigencia de aseguramiento como garantía del pago de un crédito, no se puede incardinar, como regla general y absoluta, en los supuestos establecidos en los artículos 82 y siguientes 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.

Ahora bien, como así resulta de la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la abusividad de una cláusula no sólo resulta de su contenido intrínseco (artículos 82 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2007) sino también cuando no es negociada con la debida transparencia (artículos 60 y



80 de la norma citada). Y eso es lo que proponen los demandantes que deducen sus pretensiones (nulidad de la cláusula suelo y de la de contratación del seguro de amortización) sobre la base de la falta de transparencia.

Para verificar el control de transparencia de la cláusula impugnada hay que tener en cuenta que los demandantes son consumidores, por lo que es de aplicación la normativa de protección de consumidores y usuarios y, en particular, lo establecido en los artículos 60 y 80 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 (LGDCU), los artículos 1 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (por remisión de lo dispuesto en el artículo 59.3 de la LGDCU) y la normativa sectorial (artículo 59.2 de la LGDCU). Y, reiteramos, que el control de transparencia se ha de referir tanto a las cláusulas abusivas como a las "prácticas abusivas" que, como se ha indicado, se han de equiparar a aquellas conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la LGDCU y, en particular, cuando traen como consecuencia la asunción por el consumidor de algún tipo de carga u obligación.

B) Sobre el ámbito del control de transparencia (cláusulas no negociadas individualmente).

b.1. Delimitación del ámbito objetivo de las cláusulas no negociadas individualmente.

En el artículo 80 de la LGDCU se imponen los requisitos que deben cumplir las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos con consumidores: " a) *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.* 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*" (según redacción vigente al momento de la contratación). Preceptos que deben integrarse con lo dispuesto en el artículo 60 del mismo texto legal: " 1. *Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo*" (también según redacción vigente al momento de contratar).

Estas normas imponen un control de transparencia que ha de entenderse referido a todas las condiciones que no han sido negociadas individualmente, aunque no hayan sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a un pluralidad de contratos (ámbito objetivo definido en el artículo 1.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación), porque en el artículo 80 no se exige este último requisito. Y así, la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013, se dice: " 149. [...] *En definitiva, la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a 'todos los contratos' que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas 'no negociadas individualmente'*. 150. *Es cierto que, como apunta la citada STS 406/2012, de 18 de junio, debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas, sean condiciones generales -sometidas a la LCGC- o particulares -no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente*".

Por lo tanto, el pago de la prima del seguro responde a una cláusula predispuesta que no ha sido negociada individualmente, para lo cual ni es preciso que haya sido impuesta; es suficiente con que no haya sido negociada individualmente y predispuesta por la prestamista como condición para la contratación. Como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013: " 151. *Esta 'imposición del contenido' del contrato no puede identificarse con la 'imposición del contrato' en el sentido de 'obligar a contratar'. Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.* 152. *Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un 'cliente cautivo' por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con 'sus' bancos que minoran su capacidad real de elección*".

Que una cláusula no haya sido negociada individualmente no significa, en modo alguno, que sea ilícita; tan solo legítima para aplicar el control de transparencia en su negociación, y así lo precisa la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013: " *Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010,*



se trata de un fenómeno que 'comporta en la actualidad un auténtico 'modo de contratar', diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico ".

b.2. Sobre la demostración del carácter no negociado de una cláusula.

Llegados a este punto, ya no sería necesario justificar que la cláusula no fue negociada individualmente, pero si alguna duda quedara operaría en contra de la prestamista que es a quien corresponde demostrar lo contrario (que la condición fue negociada individualmente): " 160. A ello debe añadirse que, aunque la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que '[e]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba' -a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE '[e]l profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba'- en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla " (STS, 9 de mayo de 2013).

C) Verificación del control de transparencia.

c.1. Doble control de transparencia.

El control de transparencia al que se alude en la sentencia del TS citada se deriva, como ya hemos apuntado, de lo dispuesto en los artículos 60.1 y 80.1 del LGDCU . Este control de transparencia se proyecta a través de un doble filtro (apartado 210 de la sentencia de la Sala 1ª del TS):

- Transparencia formal, semántica o gramatical: se refiere a la comprensión de los términos de la cláusula y de su significado, y se vincula, en buena medida, al control de incorporación previsto en el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , y, en general, a las normas sectoriales que regulan la concreta actividad de contratación.

- Transparencia sustantiva o de contenido: se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato con la finalidad de verificar si el adherente conoció o pudo conocer de manera clara y sencilla tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Este mismo doble control se contempla en la sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb Ag, C-92/11 , que se cita en la sentencia del Tribunal Supremo, y también la posterior sentencia del TJUE de fecha 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13): " El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo ".

c.2. Control formal.

c.2.1. Ocultación de la cláusula.

No se ha cumplido en el caso que nos ocupa, aunque solo sea por el hecho de que la condición impuesta (contratación del seguro de amortización del préstamo) ni siquiera se redacta en el contrato de préstamo, a pesar de su enorme trascendencia: el importe detruido para el pago de la prima de seguro supone, aproximadamente, un 16% del capital, lo que supone una muy sensible reducción de la suma entregada para la finalidad propia del préstamo (financiación de la adquisición de la vivienda). Tras una aparente orden de transferencia se oculta un gasto financiero evidente que resulta de una condición financiera prevista la oferta vinculante (y que lo sería igualmente aunque tampoco figurara en ella). La ocultación es, pues, manifiesta, y afectaría a la premisa básica del control de incorporación de la cláusula (de hecho, ni siquiera se incorpora, pero, sin incorporarse siquiera, resulta operativa).

c.2.2. Omisión del control notarial.

Como se ha indicado, el cumplimiento de la normativa sectorial ha de servir para comprobar si se ha cumplido el control de transparencia, entendido como control formal (cumplimiento de formalidades exigibles para el conocimiento y comprensión de la cláusula por el consumidor). Uno de los requisitos de control para garantizar



el grado de transparencia exigible es la verificación notarial del cumplimiento de los requisitos normativamente impuestos con las consiguientes advertencias al prestatario. Así, en el apartado 1 del número 3 del artículo 7 de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, vigente a la fecha de la contratación, se establecía, entre los deberes del notario: " 1. *Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiendo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación* ". Pues bien, en la escritura pública se hace constar por el notario que " *no existen discrepancias entre las condiciones financieras de la "oferta vinculante" presentada... y las cláusulas financieras de esta escritura* ". Esta afirmación es incorrecta porque en la oferta vinculante consta como condición financiera quinta los gastos de contratación del seguro de vida sin que en la escritura pública se haga mención alguna a ella.

c.2.3. Incumplimiento de normativa legal.

- En relación con el contrato de préstamo.

En el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (vigente a la fecha de la contratación), se establece que a los contratos en los que el importe del crédito sea superior a los 20.000 euros les es de aplicación únicamente lo dispuesto en su Capítulo III. Y entre los preceptos contenidos en él se encuentran el artículo 16 (oferta vinculante) y el artículo 18 que regula la delimitación del coste total del crédito y tasa anual equivalente y prevé, como cargas integrantes de dicho coste, " *los de seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular, que sean exigidos por el empresario para la concesión del mismo* ". Como ya se ha indicado, no se hace alusión alguna a tales costes en la escritura pública. En la condición financiera quinta se detallan los " *Gastos y obligaciones a cargo del prestatario* ", y se alude, por ejemplo, al seguro de incendios y daños, pero se omite todo lo relativo al seguro de amortización del préstamo.

En el Anexo I de la escritura pública se indica que el tipo de interés efectivo anual postpagable (TAE) es de 3,393%. Para su cálculo expresamente excluye el pago de primas de seguro, a pesar de que el art. 18

El artículo tercero de la Orden de 12 de diciembre de 1989, vigente a la fecha de la contratación, prevé, en su apartado 3, que los tipos de interés que apliquen las entidades financieras deben expresarse, cualquiera que sea su tipo nominal y forma de liquidación, en términos de coste efectivo equivalente de una operación con intereses anuales postpagables. Por su parte, el Banco de España dictó la Circular número 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. En el apartado 1 de la norma octava se establece de manera imperativa la inclusión del "COSTE Y RENDIMIENTO EFECTIVOS DE LAS OPERACIONES" en los documentos contractuales "QUE AFECTEN AL CONSUMO Y A LA ADQUISICION HIPOTECARIA DE VIVIENDAS" (por remisión del apartado "B" de la norma octava a lo establecido en el apartado 3 de la norma primera). Y como conceptos a incluir, para el cálculo del coste, se han de incluir los referidos a primas de seguros que tengan por objeto garantizar a la Entidad el reembolso del crédito en caso de fallecimiento, invalidez, o desempleo de la persona física que haya recibido el crédito, siempre que la Entidad imponga dicho seguro como condición para conceder el crédito (párrafo último del apartado 4 de la letra "a" de la norma octava, según redacción otorgada por la Circular número 13/1993, de 21 de diciembre, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/90, sobre transparencia de las operaciones y protección a la clientela).

En el presente caso se ha producido una clara omisión que añade otro incumplimiento del deber de transparencia, al calcular un TAE sin incluir un concepto exigible y, además, muy relevante: el prestatario tiene la idea de un TAE del 3,393% cuando es muy superior, ya la prima del seguro se ha de computar como un gasto vinculado al préstamo, por más que pueda reportar una eventual garantía (para el prestamista y para el prestatario).

Tal y como se indica en la información que facilita el Banco de España en su página Web: " *La T.A.E. es muy útil porque permite comparar distintos productos u opciones de inversión, con independencia de sus condiciones particulares. Esto es así especialmente entre productos de igual naturaleza, en los que los restantes elementos, y en particular el riesgo que tienen, son idénticos. A la hora de comparar préstamos, tenemos que distinguir dos situaciones: antes de contratar el préstamo y una vez que ya estamos devolviéndolo. Así, antes de contratar el préstamo, el indicador clave es la Tasa Anual Equivalente (T.A.E.). Pero una vez que dispongamos del préstamo, para efectuar una buena comparación entre nuestro préstamo y otras ofertas que puedan existir en el mercado, nuestro indicador sólo debería tener en cuenta lo que nos queda por pagar del préstamo. Podemos definir ahora un nuevo indicador, el Coste Efectivo Remanente (C.E.R.), que representa el coste efectivo correspondiente al tiempo que nos queda para la total amortización o devolución del préstamo. En el cálculo de este concepto únicamente se tienen en cuenta los pagos que tenemos que hacer hasta el vencimiento [...] Las entidades están*



obligadas a informar sobre la TAE, (o del CER, según corresponda) de sus operaciones en la publicidad que hagan de sus productos, en los contratos que formalicen con sus clientes, en las ofertas vinculantes que realicen y en los documentos de liquidación de operaciones activas y pasivas".

En este caso, la entidad financiera ha omitido el cumplimiento de las normas reguladoras de la transparencia en la contratación del préstamo.

- En relación con el contrato de seguro.

El artículo 62 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y el artículo 6 del Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros (RD 303/2004, de 20 de febrero, vigente a la fecha de la contratación, otorgan a la Dirección General de Seguros competencia de control y potestad sancionadora por práctica abusivas en la comercialización y contratación de seguros. Y en virtud de esa competencia, resolviendo sobre quejas y reclamaciones formuladas, ya ha dicho de forma reiterada: "*En consecuencia, se considera la imposición por parte de la entidad aseguradora de un seguro a prima única al tomador inadecuada y contraria a las buenas prácticas y usos en el ámbito de los seguros privados*".

En particular, en el Informe Anual de su Servicio de Reclamaciones (año 2006, anterior, por lo tanto al contrato que nos ocupa), dice en su apartado 5: "*Asimismo, también ha sido motivo de reclamación la exigencia de contratación, con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario, de un seguro de vida a prima única por todo el período de vida del préstamo hipotecario, que es cargada al prestatario y tomador de la póliza mediante un incremento del capital prestado. En estos contratos el beneficiario es la entidad prestamista. Se observa que esta práctica se está extendiendo en el mercado, siendo una actuación que es considerada por el Servicio de Reclamaciones como inadecuada y, en ciertas ocasiones, claramente abusiva*". Las quejas no son aisladas, y también en el Informe del año 2007 hace alusión al expediente NUM000 : "*Falta de rigor informativo sobre el método de cálculo del valor de rescate en un seguro de vida*".

Para no extender en exceso la argumentación, nos limitaremos a indicar que si la mediadora de seguros opera a través de las sucursales de la entidad prestamista debe de asumir las obligaciones propias de la comercialización del producto, y más si la aseguradora es de su propio grupo empresarial. Pues bien, no consta -ni por asomo- que se hubiera ofrecido al cliente la posibilidad de contratar un seguro de prima temporal anual renovable, y tampoco que se le hubiera ofrecido información tan relevante como los criterios de cálculos del valor de rescate ni, por supuesto, el elevado coste que suponía el pago de la prima única que, además, debía de ser financiado. Y todo ello con la finalidad primordial de proteger el pago a la beneficiaria del contrato de seguro (la prestamista).

c.3. Control de contenido.

La carencia de transparencia en el control formal pone de manifiesto una más evidente falta de transparencia del control de contenido, ya que las consecuencias jurídico-económicas de lo pactado son totalmente ajenas a los prestatarios que -ya de entrada- ignoran por completo la TAE y, por ende, el coste real de la financiación que asumen. Pero tampoco se les informa que al ser financiado el contrato de seguro su finalidad principal (financiar la adquisición de una vivienda) va a suponer que durante el periodo de vigencia del contrato de préstamo van a estar pagando los costes de financiación de la prima, cuando si la prima hubiera sido periódica ese coste no existiría.

En definitiva: se contrata un préstamo por un principal de 83.068,91 euros, para la adquisición de una vivienda, y solo se reciben 70.000 euros. Sin embargo se pagan intereses por el total del principal, elevando considerablemente el coste financiero sin informar de manera destacada al asegurado ni ofrecerle otras alternativas. En algunos casos, la contratación del seguro de amortización opera como bonificación del tipo de interés y opera como una contrapartida. Pero en el presente caso ni siquiera consta que la contratación del seguro haya supuesto una reducción del tipo de interés que se hubiera aplicado.

D) Consecuencias de la declaración de abusividad.

Por todo lo expuesto, la cláusula/práctica resulta claramente abusiva y sus efectos han de ser expulsados del contrato con la recíproca restitución de prestaciones (artículo 1303 del Código Civil).

La nulidad de la cláusula supone la nulidad del pago dispuesto por la entidad financiera la práctica abusiva asumida y desarrollada por la prestamista. En este caso, la nulidad no es del contrato de seguro sino del pago impuesto por la entidad financiera. Al ser nulo el pago dispuesto es obvio que debe de entregar al prestamista el principal al que se comprometió, sin deducción del importe de la prima.

Ahora bien, si la expulsión del pago dispuesto da lugar a la entrega del principal total comprometido, de tal suma se ha de deducir la parte proporcional al tiempo transcurrido en relación con la prima del contrato de seguro. La nulidad acordada retrotrae sus efectos al momento de la suscripción del contrato, pero durante



el tiempo transcurrido se estado ofreciendo cobertura de seguro que, aunque pactada para la protección del pago, también ha operado de manera diferida en interés de los prestatarios (su crédito podía haberse extinguido total o parcialmente si se hubiera producido la contingencia cubierta. Por ello, la suma a entregar por el prestamista es la de 13.068,91 euros menos la parte proporcional de la prima que podríamos calificar como "consumida", y la suma resultante se ha de incrementar con el interés legal del dinero (artículo 1303 del Código Civil); tal y como se solicita en el suplico de la demanda.

CUARTO .- Costas.

A) De la primera instancia.

La estimación del recurso conlleva la estimación total de la demanda, por lo que procede condenar a la demandada al pago de las costas procesales (art. 397 LEC , en relación con el artículo 394.1 del mismo texto legal).

B) De la segunda instancia.

Conforme dispone el artículo 398 de la LEC , en su apartado 2, en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Visto s los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Se ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por **D. Fernando** y por **D^a María Antonieta** contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 2017 , dictada en los autos ya reseñados, y, en su consecuencia, la revocamos únicamente para declarar total la estimación de la demandada y dejar sin efecto los apartados 2) y 3) del fallo y, en su lugar, acordamos integrar el fallo con los siguientes pronunciamientos:

2) Se declara la abusividad de la cláusula financiera de contratación de seguro de protección del pago del préstamo hipotecario y su consiguiente nulidad, que figura parcialmente incorporada en el párrafo tercero de la estipulación 1.2 de las cláusulas financieras del contrato de préstamo, e integrada en la condición financiera 5^a de la oferta vinculante, y, en su consecuencia, se condena a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., a entregar a los demandantes la suma de 13.068,91 euros, de la que se ha de deducir la cantidad que resulte de reducir la prima abonada en la parte proporcional del tiempo transcurrido desde la celebración del contrato de préstamo hasta esta sentencia, así como a pagar, igualmente, el interés legal devengado por la suma resultante desde la fecha de contratación del préstamo hasta esta sentencia, e incrementado en dos puntos desde que se dicta hasta el completo pago.

3) Se condena a la demandada al pago de las costas de la primera instancia.

Y todo ello sin expresa imposición de las costas generadas por el recurso de apelación.

Se acuerda devolver a los apelantes el depósito que pudieran haber constituido.

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente, y remítanse las actuaciones al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para continuar con su sustanciación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, más otros 50 euros si también se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO, en la cuenta de este expediente 2121 0000.

Así por esta nuestra sentencia, juzgando en apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.