



Roj: **SAP IB 662/2018 - ECLI: ES:APIB:2018:662**

Id Cendoj: **07040370052018100115**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **11/04/2018**

Nº de Recurso: **599/2017**

Nº de Resolución: **121/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **SANTIAGO OLIVER BARCELO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00121/2018

Modelo: N10250

PLAZA MERCAT, 12

-

Tfno.: 971-728892/712454 Fax: 971-227217

Equipo/usuario: MJM

N.I.G. 07040 42 1 2016 0023800

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000599 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 8 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000762 /2016

Recurrente: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.

Procurador: JUAN FRANCISCO CERDA BESTARD

Abogado: LUIS MIGUEL MOYA ANTON

Recurrido: Doroteo

Procurador: GONZALO BERNAL GARCIA

Abogado: RICARDO GONZALEZ ZAYAS

SENTENCIA nº 121

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

Dª. COVADONGA SOLA RUIZ

En PALMA DE MALLORCA, a once de abril de dos mil dieciocho.



Vistos en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 762/2016, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 8 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo de Sala 599/2017, entre partes, de una, como parte demandada apelante, la entidad BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. JUAN FRANCISCO CERDÁ BESTARD y asistido por el Abogado D. LUIS MIGUEL MOYÁ ANTÓN y de otra, como parte actora apelada, D. Doroteo , representado por el Procurador de los Tribunales D. GONZALO BERNAL GARCÍA y asistido por el Abogado D. RICARDO GONZÁLEZ ZAYAS.

Es PONENTE el Ilmo. Magistrado Sr. D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Ilma. Magistrado Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 8 de PALMA DE MALLORCA, se dictó Sentencia nº 127 con fecha 21 de julio de 2017 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*ESTIMAR parcialmente la demanda presentada por el Procuradora de los Tribunales Dº. Gonzalo Bernal García, en nombre y representación de Dº. Doroteo dirigida contra BANCO DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A, representado por el Procurador de los Tribunales Dº. Antonio Buades Garau, acordando los siguientes pronunciamientos, con respecto a al contrato de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 18 de febrero de 2009, otorgada ante el Notario de Palma de Mallorca Dº. Catalina Nadal Reus protocolo 249:*

1º) a) *Se declaran nula por falta de transparencia la cláusula financiera recogida en el apartado 3.bis, que estipula un interés nominal mínimo del 3,00%.*

b) *Se acuerda la eliminación de la anterior cláusula de dicho contrato y se tiene por no puesta.*

c) *Se desestima la petición principal y se estima la petición subsidiaria condenando a la demandada a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, por el efecto retroactivo de la declaración de nulidad de la cláusula suelo o de limitación del tipo de interés, desde el día de la celebración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, debiendo en su lugar efectuarse una nueva liquidación conforme el interés remuneratorio pactado.*

2º) a) *Se declara la nulidad por abusiva de la cláusula financiera 4ª sobre comisión por apertura*

b) *Se condena a la demandada a la eliminación de dicha cláusula del contrato.*

c) *Se condena a la demandada a la devolución de los importes indebidamente cobrados por los referidos conceptos que suman un total de 1000,00€, que devengará los intereses legales desde la fecha de la fecha de la escritura el día 18 de febrero de 2009.*

3º) a) *Se declara la nulidad por abusiva de la cláusula financiera 6ª relativa al interés de demora*

b) *Se condena a la demandada a la eliminación de dicha cláusula del contrato*

c) *Se condena a la entidad demandada a devolver a la parte demandante la suma percibida en concepto de demoras.*

4º) *Se desestima la nulidad de la cláusula 13ª relativa a la cesión del contrato.*

5º) *No ha lugar a efectuar especial pronunciamiento en costas debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia "*

SEGUNDO.- Que la expresada Sentencia fue recurrida en Apelación por la parte demandada y, seguido el recurso por sus trámites, se deliberó y votó en fecha 11 de abril de 2018, quedando el mismo concluso para dictar la presente resolución.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso de Apelación se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formulada demanda de juicio ordinario sobre declaración de nulidad de las cláusulas Tercera-Bis-1 (cláusula suelo), Cuarta (de apertura), Sexta (intereses de demora), y decimotercera (cesión del crédito), por parte de Doroteo , contra la entidad "Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, SA" en suplico de que se " dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1º Respecto al Pacto Tercero Bis - CLAUSULA SUELO



- a).- Declarar nula de pleno derecho la cláusula de limitación del tipo de interés incluida en la escrituras de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 18 de febrero del año 2.009.
- b).- Condenar a la entidad demandada a eliminarlas.
- c).- Condenar a la entidad demanda a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario sin la cláusula suelo, y devolver, en su caso, el exceso de intereses cobrado desde 9 de mayo de 2013, en consonancia con la "doctrina fijada" por la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 .

Subsidiariamente, respecto de la pretensión accesoria anterior, para el evento en que durante el presente procedimiento se dictara una sentencia por el TJUE anulando la "doctrina fijada" por el Tribunal Supremo referida, se condene a la demandada a devolver, en su caso, el exceso de intereses cobrado desde el inicio del préstamo (o ex tunc).

2º.-Respecto al Pacto Cuarto-**COMISION DE APERTURA**

- a) Condenar a la entidad a eliminar dicha cláusula del préstamo, como si nunca hubiera existido.
- b) Condenar a la demandada a fin de que proceda a reintegrar a mis mandantes la suma de MIL EUROS (1.000€) más sus intereses legales desde el 18/02/2009

3º.- Respecto al Pacto Sexto, intereses de demora

- a) Declare la nulidad de dicho pacto, referido en el Antecedente Previo, por falta de transparencia y tener carácter abusivo, condenando a la entidad demandada a eliminar las misma del préstamo, como si nunca hubiera existido.
- b.- Condenar a la demandada a devolver a la parte demandante las cantidades resultantes del cobro de intereses de demora, más los intereses legales de dichas sumas desde sus respectivos abonos, en caso de que haya llegado a aplicarse a determinar en ejecución de sentencia.

4º.- Respecto al pacto Undécimo sobre la cesión del crédito

- a). - Declare la nulidad del mismo recogido en el Antecedente Previo, por tener carácter abusivo.
- b). - Condenar a la entidad demandada a eliminarlo, como si nunca hubiera existido ", fue contestada y opuesta por la entidad demandada y, tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, recayó Sentencia, a 21 de julio de 2017 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " ESTIMAR parcialmente la demanda presentada por el Procuradora de los Tribunales D. Gonzalo Bernal García, en nombre y representación de D. Doroteo dirigida contra BANCO DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A, representado por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Buades Garau, acordando los siguientes pronunciamientos, con respecto a al contrato de préstamo con garantía hipotecaria, de fecha 18 de febrero de 2009, otorgada ante el Notario de Palma de Mallorca Dª. Catalina Nadal Reus protocolo 249:

1º) a) Se declaran nula por falta de transparencia la cláusula financiera recogida en el apartado 3.bis, que estipula un interés nominal mínimo del 3,00%.

- b) Se acuerda la eliminación de la anterior cláusula de dicho contrato y se tiene por no puesta.
- c) Se desestima la petición principal y se estima la petición subsidiaria condenando a la demandada a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, por el efecto retroactivo de la declaración de nulidad de la cláusula suelo o de limitación del tipo de interés, desde el día de la celebración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, debiendo en su lugar efectuarse una nueva liquidación conforme el interés remuneratorio pactado.

2º) a) Se declara la nulidad por **abusiva** de la cláusula financiera 4ª sobre **comisión por apertura**

- b) Se condena a la demandada a la eliminación de dicha cláusula del contrato.
- c) Se condena a la demandada a la devolución de los importes indebidamente cobrados por los referidos conceptos que suman un total de 1000,00€, que devengará los intereses legales desde la fecha de la fecha de la escritura el día 18 de febrero de 2009.

3º) a) Se declara la nulidad por **abusiva** de la cláusula financiera 6ª relativa al interés de demora

- b) Se condena a la demandada a la eliminación de dicha cláusula del contrato
- c) Se condena a la entidad demandada a devolver a la parte demandante la suma percibida en concepto de demoras.

4º) Se desestima la nulidad de la cláusula 13ª relativa a la cesión del contrato.



5º) *No ha lugar a efectuar especial pronunciamiento en costas debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia* ".

Contra la anterior resolución se alza la representación procesal de la entidad demandada, alegando que el actor conocía la existencia de la cláusula-suelo, redactada con claridad y realzada en negrita y mayúscula que la escritura recoge otras condiciones, bonificaciones, en búsqueda de equilibrio entre las prestaciones mutuas que la **comisión de apertura** obedece a un estudio de una operación global, recogida de información registral y catastral, de solvencia y de viabilidad por todo lo cual interesa que se estime *"el presente recurso, procediendo a revocar la resolución impugnada en lo que se refiere a los pronunciamientos expresamente impugnados, con expresa condena en costas a la parte apelada"* .

La representación procesal del Sr. Doroteo se opone al recurso formalizado de adverso, alegando que falta la oferta vinculante y no se ha superado el control de inclusión, ni el de transparencia que la cláusula suelo no fue negociada previamente, ni aparece destacada y diferenciada, ni debidamente explicada que el banco no ha justificado el gasto o el específico servicio retribuido por la **comisión** percibida por todo lo cual interesa que *"se dicte resolución por la que se (des)estime el recurso de apelación interpuesto con imposición de las costas causadas"* .

SEGUNDO.- En el presente supuesto se interesa la nulidad de la cláusula consistente en el Pacto Tercero-bis 1, de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 18 de febrero de 2009, por la cual: *"TERCERA-BIS.-Revisión del tipo de interés.-*

1. Revisión y tipo de referencia aplicable

Transcurrido el período inicial antedicho, el tipo aplicable será revisado con periodicidad anual hasta la cancelación del préstamo.

El tipo de interés nominal aplicable se fijará, al inicio de cada sucesivo período adicionando un diferencial de 0,50 puntos porcentuales al índice de referencia denominado EURIBOR DOCE MESES, sin que, en ningún caso, el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior al 3 por ciento. (...)

La bonificación resultante de los párrafos anteriores no modifica el tipo mínimo establecido del 3%, que será en todo caso aplicable en las sucesivas revisiones" .

Pues bien, la actora solicita se declare **abusiva** esta cláusula, por cuanto alega que la misma era desconocida para los prestatarios, no pudo ser negociada individualmente al constar en un contrato de adhesión, y fue predispuesta e impuesta por la entidad prestamista al demandante, quien no fue necesaria y suficientemente informado de la referida cláusula y de sus consecuencias. Lo cierto es que no firmó la oferta vinculante que se incorporó a la escritura de constitución del préstamo hipotecario nunca se le explicó la existencia y funcionamiento de una cláusula suelo-techo, no se escenificaron escenarios de ningún tipo, previsiones de tendencia bajista del Euribor, no recuerda que el Notario se la explicase no se le dio información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo estaba incluido en un contrato al que debía adherirse si quería obtener la hipoteca, sin debate alguno sobre ella la aplicación de la cláusula ha supuesto un beneficio para la entidad prestamista y un perjuicio para el prestatario no se ha cumplido ni superado el doble test de transparencia exigido por la STS de 9 de mayo de 2013 y el demandante únicamente fue informado de la suscripción de un préstamo a interés variable, referenciado al Euribor más un diferencial, cuando dicha cláusula suelo-techo modificaba la naturaleza de dicho contrato, convirtiéndolo en un préstamo a interés mínimo fijo variable únicamente al alza.

En relación con la cláusula suelo, la sentencia contiene una exhaustiva referencia a la doctrina jurisprudencial aplicable, la cual no ha sido objeto de impugnación, si bien lo discutido es su aplicación al específico supuesto objeto de examen.

En cuanto al denominado juicio de transparencia de la cláusula, debemos recordar, tal como señaló esta Sala, entre otras muchas, en sus sentencias de 15 de octubre y 28 de noviembre de 2017 , que nos hallamos ante una cláusula impuesta, esto es, de las recogidas en el artículo 3.2 de la Directiva, a cuyo tenor: *" se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión "* . Como se señala en el apartado 156 de la STS de 9 de mayo de 2013 , y en apreciación aplicable a la concreta cláusula objeto de enjuiciamiento, *" es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicio de uso o consumo común, ordinario y generalizado, a que alude el artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno de que una de las recurridas describe como "take it or leave it" -lo tomas o lo dejas-. Entre ellos se hallan los servicios bancarios y financieros..."* . La misma sentencia



indica que la carga de la prueba de la existencia de la negociación individual incumbe a la entidad bancaria, pues otra tesis abocaría al consumidora la imposible demostración de un hecho negativo, y que " *la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión ni en su contenido, de tal forma que se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar* ". Así se indica en el artículo 82.2 TRLCU al indicar que " *el empresario que afirme que una determinada cláusula no ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba* ". Tal como acertadamente se indica en la sentencia recurrida, esta prueba ni siquiera se ha intentado.

Asimismo, el vigésimo considerando de la Directiva 93/13, indica que " *los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas* ".

La tan indicada STS de 9 de mayo de 2013 , con referencia a la STS de 18 de junio de 2012 , dice que " *el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil... cuando se proyecta sobre elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado... 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.... Como afirma el IC 2000, el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa... Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato* ". Esta doctrina ha sido corroborada, por las STS de 8 de septiembre de 2014 , 24 de marzo de 2015 , 25 de marzo de 2015 , 23 de diciembre de 2015 y 9 de marzo de 2017 .

Conforme a esta jurisprudencia, y tal como señala la aludida STS de 9 de marzo de 2017 : " *el control de transparencia tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93, según el cual el control de contenido no puede referirse «a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»*. Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente. «(El control de transparencia) como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada 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» (sentencias 406/2012, de 18 de junio , y 241/2013, de 9 de mayo).

3. Esta jurisprudencia se encuadra, en lo que respecta al fundamento y al alcance del control de transparencia, en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), principalmente en la STJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kàsler) y en las más recientes SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y 26 de enero de 2017 (caso Gutiérrez García).

Para la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kàsler), «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (ap. 71), sino que «esa exigencia debe entenderse de manera extensiva» (ap. 72). En el caso al que se refería la STJUE, en que la cláusula controvertida contenía un mecanismo de conversión de la divisa extranjera, el TJUE concluye:

«75 (...) la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible gramaticalmente se ha de entender como un obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible 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».



Por la su parte, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), después de recordar que «el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 » (ap. 49), añade:

«50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11 , EU:C:2013:180 , apartado 44).

»51 Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13), de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular».

La reciente STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus (C-421/14), explicita la consecuencia o efecto de que una determinada cláusula, referida al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, no pase el control de transparencia:

«62 (...) según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 , las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra -cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva-, sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (...)

La ratio de la STS de 9 de mayo de 2013 , era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactado.

Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

Por eso, el control de transparencia a la postre supone 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.

5. En una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.

En parecido sentido, las STS de 8 de junio y 7 de noviembre de 2017 destacan: " A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado



tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula".

En el supuesto enjuiciado, esta Sala, valorando en su conjunto la prueba practicada, comparte la fundamentación de la sentencia de instancia, y llega a la conclusión de que al consumidor le pasó inadvertida dicha cláusula y que no se percató de la carga económica y jurídica que implicaba, al no haberse probado que fue informado conforme a la doctrina jurisprudencial antedicha.

Y cabe destacar la falta de información precontractual, clara y suficiente, al consumidor-inexperto, sobre la naturaleza, características y consecuencias económicas del préstamo, ni se practicaron comparaciones o simulaciones al igual que la cláusula va intercalada en la general de revisión del tipo de interés, y entrecruzadas con otras, totalizando otras tres páginas, en cuya última cabe destacar: *"La bonificación resultante de los párrafos anteriores no modifica el tipo mínimo establecido del 3%, que será en todo caso aplicable en las sucesivas revisiones"*, con más un Anexo sobre el interés anual efectivo que el préstamo no fue negociado con el testigo Sr. Juan Enrique, sino impuesto con un modelo, salvo el cálculo del tipo de interés y consecuentemente de la cuota que el testigo manifestó en el acto del juicio que "se negociaba el plazo, importe, interés, diferencial y **comisiones**", que "la cláusula suelo se explicaba si la había", que "lo normal eran préstamos a interés variable", que "la minuta venía confeccionada por la asesoría jurídica", y que "se negociaba todo con el cliente", si bien -insiste este Tribunal- no queda acreditada la facilitación de información previa, clara y suficiente al cliente por parte del banco, que desembocase en una comprensibilidad real de tal cláusula, para poder tomar una decisión consciente al respecto y se dan por reproducidas, por acertadas, las consideraciones que sobre tal cuestión desgrana el juzgador "a quo" con los considerandos 1º y 2º de la resolución impugnada.

Así, en el caso concreto se aprecia la concurrencia de las circunstancias expuestas en la tan aludida STS de 9 de mayo de 2013, singularmente la falta de acreditación por la entidad bancaria demandada de la comprensibilidad real de su importancia por los consumidores en el desarrollo razonable del contrato: " 217. *Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.*

218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.

219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo....., pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato."

En consecuencia, procede desestimar el motivo del recurso.

En el mismo sentido y finalidad, las Sentencias de esta Sala de fechas 15 de febrero y 22 de marzo de 2018, y de 27 de septiembre de 2017 entre otras muchas.

TERCERO.- Y, sobre la no integración de las cláusulas nulas, por abusivas, o de la aplicación en su caso de un reparto equitativo de algunos gastos, conviene señalar que la existencia de otras condiciones y bonificaciones recogidas en la escritura pública de préstamo hipotecario, ya parten de la base impuesta del interés mínimo (cláusula suelo), que sólo puede ser aminorado, por posibles compromisos adicionales del prestatario, a favor de la entidad bancaria, y que conllevarían bonificaciones que, de no suscribirse, convierten aquél prácticamente en un interés fijo, y con tales compromisos sólo podrían paliarse las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula-suelo, lejos de un auténtico equilibrio entre las respectivas prestaciones.

CUARTO.- Respecto de la cláusula de "**comisión de apertura**", el pacto Cuarto de la escritura dice: *"El préstamo que se instrumenta en la presente escritura devenga a favor de la Caja las siguientes **comisiones**:*

*De **apertura**:*

*La Caja de Ahorros percibirá una **comisión de apertura** del 0,50 por ciento sobre el principal del préstamo, a pagar por una sola vez al formalizarse la presente escritura, mediante adeudo en la cuenta abierta a nombre de la parte prestataria" y sobre la misma, ya decía este Tribunal en la Sentencia de fecha 26 de octubre de*



2017 que si bien " la validez de las **comisiones** y entre otras la de **apertura**, viene expresamente admitida por la normativa bancaria, ello es siempre que respondan a un servicio efectivo al cliente bancario, como así ya apuntaba la vigente en la fecha de concesión del préstamo y recoge expresamente la actual, representada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre 2011.

Así lo establece el párrafo segundo del art. 3.1 de la citada orden con arreglo a la cual "Solo podrán percibirse **comisiones** o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por el cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos". De donde resulta que al igual que sucede con el resto de **comisiones**, rige respecto a la misma el principio de "realidad del servicio remunerado" para su aplicación, de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber **comisión** lo que justifica la declaración de abusividad de la misma" Y con cita a otra anterior del mismo Tribunal de 30 de julio de 2015 "Entendida la **comisión** como retribución del servicio que supone poner a disposición del cliente bancario el nominal del préstamo, desde el arquetipo normativo de esta clase de contratos, tal y como se regula tanto en el CC como en el Código de Comercio, no se acierta a percibir qué tipo de servicio se le otorga al cliente bancario, pues el contrato se perfecciona con la entrega del dinero.

Y si como gasto (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionado por la concesión del préstamo), del mismo modo se hace difícil comprender por qué lo que motiva al prestamista a contratar deber ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras del préstamo (interés ordinario y moratorio), además de que la normativa sectorial al referirse a los "gastos inherentes a la actividad de la empresa" para la concesión del préstamo hace aún más evanescente la identificación del gasto.

Ciertamente la actual LGDCU en su artículo 87.5 reconoce a legitimidad de la facturación por el empresario al consumidor de aquellos coste no repercutidos en el previo (indisolublemente unidos al inicio del servicio) pero, además de que su interpretación debe ser restrictiva con restringida proyección a determinados sectores empresariales, el coste deberá repercutirse adecuada o proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente habidos o prestados, proporcionalidad que si no se da incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 de la LGDU y que en el caso ni tan siquiera se ha intentado justificar.

Pero es que además, y por encima de todo eso, asimismo se ha de ponderar que, como declara la sentencia del T.S de 9-05-2.013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados (F.J. 9), la existencia de un regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la LCGC (ni por ende de la LGCU), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la **comisión de apertura** sino que tan sólo regula su transparencia y límites".

En el caso, como en aquel, el cobro de la **comisión** tal y como está prevista en la propia escritura implica no sólo el abono de cantidad por servicios no prestados efectivamente, de hecho ni tan siquiera se ha practicado prueba para acreditar a que concretos servicios responden, sino igualmente se aprecia que carece de cualquier proporcionalidad con los servicios a que pudieran corresponder, pues se calculan a tanto alzado, por lo que procede declarar su nulidad" .

En el mismo sentido y finalidad las Sentencias de esta Sala, de fechas 26 de enero y 1 de febrero de 2018 26 de octubre y 15 de noviembre de 2017 y en la de 7 de noviembre de 2017 por la que: " Tal como acertadamente se recoge en la sentencia de instancia, tal cuestión es polémica en la actualidad y la doctrina de la denominada jurisprudencia menor no es unánime sobre la cuestión.

Esta Sala se ha pronunciado recientemente sobre la misma en la sentencia del rollo de 26 de octubre de 2.017, rollo de Sala nº 409/2.017 , en los siguientes términos, que consideramos igualmente aplicables al supuesto enjuiciado, y debemos traer a colación :

"... baste para su desestimación,...traer a colación la reciente SAP Asturias de 2 de junio de 2017 , cuya argumentación reitera en otra posterior de 13 de julio de 2017, y en la que se señala que si bien "la validez de las **comisiones** y entre otras la de **apertura**, viene expresamente admitida por la normativa bancaria, ello es siempre que respondan a un servicio efectivo al cliente bancario, como así ya apuntaba la vigente en la fecha de concesión del préstamo y recoge expresamente la actual, representada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre 2011. Así lo establece el párrafo segundo del art. 3.1 de la citada orden con arreglo a la cual "Solo podrán percibirse **comisiones** o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por el cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos". De donde resulta que al igual que sucede con el resto de **comisiones**, rige respecto a la misma el principio de "realidad del servicio remunerado" para su aplicación, de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber **comisión** lo que justifica la declaración de abusividad de la misma" Y con cita a otra anterior del mismo Tribunal de 30 de julio de 2015 "Entendida la **comisión** como retribución del servicio que supone poner a disposición del



cliente bancario el nominal del préstamo, desde el arquetipo normativo de esta clase de contratos, tal y como se regula tanto en el CC como en el Código de Comercio, no se acierta a percibir qué tipo de servicio se le otorga al cliente bancario, pues el contrato se perfecciona con la entrega del dinero. Y si como gasto (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionado por la concesión del préstamo), del mismo modo se hace difícil comprender por qué lo que motiva al prestamista a contratar deber ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras del préstamo (interés ordinario y moratorio), además de que la normativa sectorial al referirse a los "gastos inherentes a la actividad de la empresa" para la concesión del préstamo hace aún más evanescente la identificación del gasto. Ciertamente la actual LGDCU en su artículo 87.5 reconoce a legitimidad de la facturación por el empresario al consumidor de aquellos del coste no repercutidos en el previo (indisolublemente unidos al inicio del servicio) pero, además de que su interpretación debe ser restrictiva con restringida proyección a determinados sectores empresariales, el coste deberá repercutirse adecuada o proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente habidos o prestados, proporcionalidad que si no se da incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 de la LGDU y que en el caso ni tan siquiera se ha intentado justificar. Pero es que además, y por encima de todo eso, asimismo se ha de ponderar que, como declara la sentencia del T.S de 905-2.013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados (F.J. 9), la existencia de un regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la LCGC (ni por ende de la LGCU), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la **comisión de apertura** sino que tan sólo regula su transparencia y límites".

En el caso, el cobro de la **comisión** tal y como está prevista en la propia escritura implica no sólo el abono de cantidad por servicios no prestados efectivamente, de hecho ni tan siquiera se ha practicado prueba para acreditar a que concretos servicios responden, sino igualmente se aprecia que carece de cualquier proporcionalidad con los servicios a que pudieran corresponder, pues se calculan a tanto alzado, aplicando un porcentaje sobre el importe del principal y además en las propias escrituras expresamente se establece que no se cobra ninguna **comisión** de estudio ("E) **Comisión** de estudio sobre el límite total del crédito, a satisfacer en este acto y por una sola vez: 0%") y es curioso que la parte en su recurso para justificar su cobro, exponga con mayor extensión los concretos servicios de estudio que a través de la **comisión** se remuneran, cuando a tenor de lo expuesto no exista **comisión** de estudio, y sólo de manera escueta y genérica haga referencia a tramitación administrativa ("multiplicidad de actuaciones" que no concreta) o a la obtención de fondos y puesta a disposición del cliente ("diversas gestiones" que tampoco concreta).

A modo de conclusión, la citada **comisión** se cobró al momento de formalizarse el préstamo, basada en un porcentaje del capital prestado, y no en el servicio realmente prestado, que es lo que justifica su cobro, sin que pese a su disponibilidad y, por tanto, facilidad probatoria, la parte demandada haya probado a que concretos servicios obedeció y su proporcionalidad en cuanto a lo cobrado."

En consecuencia, se declara la nulidad de la **comisión de apertura**, y se estima el recurso de apelación interpuesto por la parte actora" entre otras muchas.

QUINTO.- La desestimación del recurso obliga a imponer a la parte apelante las costas procesales causadas en esta alzada, en estricta aplicación de los principios objetivo y de vencimiento, y conforme a lo prevenido en los arts. 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En atención a lo expuesto,

FALLAMOS

1º) Desestimar el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Juan Francisco Cerdá Bestard, en representación de la entidad "Banco de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria, SA", contra la Sentencia de fecha 21 de julio de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de esta Capital , en los autos de Juicio Ordinario nº 762/2016, de que dimana el presente Rollo de Sala y en su virtud,

2º) Confirmar los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene.

3º) Se imponen a la parte apelante las costas procesales devengadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.