

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ064923

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA**

Sentencia 431/2020, de 25 de junio de 2020

Sección 5.ª

Rec. n.º 418/2019

**SUMARIO:****Préstamo hipotecario. Cláusula IRPH. Acción de nulidad. Falta de transparencia. Desequilibrio.**

La parte actora reclama la nulidad de las cláusulas que fijan interés del préstamo conforme al índice IRPH, las cláusulas suelo, la de gastos, la comisión de apertura, la comisión de novación y la de intereses moratorios, así como el reintegro de los gastos de notaría, registro, gestoría e IAJD y del importe de las comisiones antes aludidas.

Por otra parte, acumula una demanda contra la entidad aseguradora así como contra la entidad bancaria de cumplimiento de un contrato de seguro que califica como de cobertura de una incapacidad permanente para la ocupación habitual del asegurado ahora demandante.

La sentencia de instancia declara la nulidad de las cláusulas de gastos, interés de demora, cláusula suelo, comisión de apertura y comisión por novación, así como el reintegro de los gastos de notaría, registro y gestoría pero desestima el reintegro del gasto del IAJD, la petición de nulidad de la cláusula IRPH y la acción basada en el contrato de seguro. La parte actora interpone un recurso de apelación ante la Audiencia en el que reclama la nulidad de la cláusula de interés variable IRPH y la acción fundada en el contrato de seguro.

El recurso de apelación se desestima y únicamente revoca la sentencia de instancia en dos aspectos: declara la validez de la comisión de apertura y el importe del principal de los gastos notariales y de gestoría fijados en la sentencia de instancia se reducen en un 50%. Los magistrados confirman el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia.

En relación a la cláusula de IRPH, la Audiencia señala que en el caso, se aprecia que la cláusula en su redacción gramatical es de fácil comprensión; redacción precisa sin contener vaguedades que generen confusión; se encuentra ubicada en el apartado correspondiente dentro de la estructura lógica del condicionado general. Según los magistrados, un consumidor medio se hallaba en condiciones de tomar constancia del tipo de interés pactado. En definitiva, un consumidor medio se hallaba en condiciones de tomar constancia del tipo de interés pactado. No es una disposición oculta entre datos que la disimulan o que inducen a confusión, ni entraña la aplicación de mecanismos que acaben produciendo resultados distintos a lo inicialmente publicitado u ofertado. Por tanto, se supera el control de incorporación.

Debe decaer la alegación de que se trata de un interés manipulable, pues es un índice controlado por el Banco de España.

El empleado de la entidad bancaria no tenía obligación de informar que pudiera acaecer una situación posterior no concurrente en la fecha de los hechos, ni consta prueba que la misma fuere previsible para la entidad bancaria, y más en un préstamo destinado a durar treinta años. Reiteramos que tal obligación de información no conllevaba una información de todas las circunstancias que pudieran hacer que este índice no fuere el más bajo en los siguientes 30 años. Tampoco tenía obligación de comparar este índice con todos los demás que pudiere ofrecer la entidad.

En relación al control de transparencia de la cláusula IRPH, la Audiencia concluye que al no constar que se cumpla por la entidad bancaria la información relativa al interés IRPH vigente en la fecha de concertación de ambos contratos y en los dos años anteriores, no se supera el control de transparencia. Éste es el único motivo por el que no se supera el control de transparencia, pues en todo tipo de interés variable existe un elemento de incerteza que tanto puede perjudicar como beneficiar al consumidor en razón de cómo evolucionen en el futuro los tipos, y siendo estos distintos. Por lo que el Tribunal considera que la entidad bancaria no tenía obligación de predecir en los años 2006 y 2007 la relevante bajada de tipos de interés que se produciría a partir de finales de 2008. No resulta acreditado que, como afirma el apelante, se intentase ganar al consumidor con la falsa apariencia de que estaba contratando un préstamo a interés más bajo de lo normal. En consecuencia, la Audiencia procede declarar no haber lugar a la nulidad de la cláusula que establece un interés IRPH. [Véase: Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (NCJ062858), Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de



2020 (NCJ064612), y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de mayo de 2020 (NCJ064819).]

**PRECEPTOS:**

Código Civil.

Ley 7/1998 (Condiciones generales de contratación), arts. 5 y 7.

Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 3 y 4.

Real Decreto Legislativo 1/2007 (Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios), art. 10 1.c).

Ley 14/2013 (apoyo a los emprendedores y su internacionalización), disp. adic. decimoquinta.

**PONENTE:**

*Don Mateo Lorenzo Ramón Homar.*

Magistrados:

Don MATEO LORENZO RAMON HOMAR

Don MARIA COVADONGA SOLA RUIZ

Don MARIA ARANTZAZU ORTIZ GONZALEZ

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00431/2020

Modelo: N10250 PLAZA MERCAT, 12

Teléfono: 971-728892/712454 Fax: 971-227217

Correo electrónico: [audiencia.s5.palmademallorca@justicia.mju.es](mailto:audiencia.s5.palmademallorca@justicia.mju.es)

N.I.G. 07015 41 1 2017 0000909

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000418 /2019

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CIUTADELLA DE MENORCA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000444 /2017

Recurrente: Balbino Procurador: JUAN MANUEL MARQUES BAGUR Abogado: JOSÉ LLUCH JUANEDA

Recurrido: GENWORTH FINANCIAL INSURANCE CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, TARGOBANK , BANCO POPULAR ESPAÑOL SA BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

Procurador: DECLARADO REBELDE, RICARDO JOSE SQUELLA DUQUE DE ESTRADA , RICARDO JOSE SQUELLA DUQUE DE ESTRADA

Abogado: , DEMETRIO MADRID ALONSO , DEMETRIO MADRID ALONSO

**S E N T E N C I A N° 431**

Ilmos. Sres/as.: PRESIDENTE:

D. MATEO RAMÓN HOMAR



MAGISTRADOS:

D<sup>a</sup> COVADONGA SOLA RUIZ

D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> ARANTZAZU ORTIZ GONZALEZ

En PALMA DE MALLORCA, a veinticinco de junio de dos mil veinte

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de ORDINARIO CONTRATACION- 249.1.5 0444/2017, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CIUTADELLA DE MENORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 418/2019, en los que aparece como parte demandante apelante, D. Balbino, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JUAN MANUEL MARQUES BAGUR y asistido por el Abogado D. JOSÉ LLUCH JUANEDA; y como parte demandado apelado impugnante, "TARGOBANK" y "BANCO POPULAR ESPAÑOL SA", representados por el Procurador de los tribunales, Sr. RICARDO JOSE SQUELLA DUQUE DE ESTRADA y asistidos por el Abogado D. DEMETRIO MADRID ALONSO; y de otra como demandada en rebeldía procesal GENWORTH FINANCIAL INSURANCE CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SA.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Magistrado D. MATEO RAMÓN HOMAR.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Por el Ilmo./a Sr./Sra. Magistrado Juez, del Juzgado de Primera Instancia Número 1 de Ciudadela en fecha 3 de diciembre de 2018, se dictó sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Juan Manuel Marqués Bagur, en nombre y representación de D. Balbino, contra las entidades BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. y TARGOBANK S.A., y contra la entidad GENWORTH FINANCIAL INSURANCE COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., en situación procesal de rebeldía, DECLARO:

- La nulidad de pleno derecho por abusiva de la cláusula sobre "Límite a la variación del tipo de interés" inserta en la escritura de préstamo hipotecario de 3 de agosto de 2006 así como en la escritura de ampliación y novación del préstamo hipotecario suscrita en fecha 29 de marzo de 2007.

- La nulidad de pleno derecho por abusiva de la cláusula relativa a gastos a cargo del prestatario, inserta en la escritura de préstamo hipotecario de 3 de agosto de 2006 así como en la escritura de ampliación y novación del préstamo hipotecario suscrita en fecha 29 de marzo de 2007.

- La nulidad de pleno derecho por abusiva de la cláusula 4.1 de la escritura de préstamo de 3 de agosto de 2006, sobre comisión de apertura.

- La nulidad de pleno derecho por abusiva de la cláusula 3 de la escritura de ampliación y novación del préstamo hipotecario de fecha 29 de marzo de 2007, sobre comisión por novación.

- La nulidad de pleno derecho de las cláusulas 6<sup>a</sup> y 1.7, sobre interés de demora insertas en la escritura de préstamo hipotecario de 3 de agosto de 2006 así como en la escritura de ampliación y novación del préstamo hipotecario suscrita en fecha 29 de marzo de 2007, respectivamente, con la consiguiente supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

Y CONDENO a las entidades BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. y TARGOBANK S.A.:

- A estar y pasar por la anterior declaración y a abstenerse de aplicar en el futuro las indicadas cláusulas, manteniendo su vigencia el contrato con el resto de cláusulas.

- A abonar al demandante las cantidades abonadas por éste por aplicación de la denominada cláusula suelo, que se determinarán en fase de ejecución de sentencia.

- A devolver al demandante los importes satisfechos por éste en aplicación de la cláusula sobre gastos, en concepto de gastos de Notaría, Registro de la Propiedad y Gestoría, que ascienden a un total de DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA EUROS CON QUINCE CENTIMOS (2.270,15 €).



- A devolver al demandante la cantidad abonada por éste en concepto de comisión de apertura, ascendiendo dicho importe a la suma total de DOS MIL QUINIENTOS DIECIOCHO EUROS CON VEINTISIETE CENTIMOS (2.518,27 €).

- A devolver al demandante la cantidad abonada por éste en concepto de comisión por novación, ascendiendo dicho importe a la suma de QUINIENTOS EUROS (500,00 €).

-A abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro hasta el pago, conforme al art. 1108 CC; interés legal del dinero que se incrementará en dos puntos a partir de la presente sentencia conforme al art. 576 LEC.

ABSOLVIENDO a las demandadas BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., TARGOBANK S.A. y GENWORTH FINANCIAL INSURANCE COMPAÑÍA DE

SEGUROS Y REASEGUROS S.A. del resto de pretensiones formuladas contra ellas.

Sin expresa imposición de costas, de manera que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

### **Segundo.**

Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación, impugnándose por la parte demandada, y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 16 de junio del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

### **Tercero.**

Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen

### **Primero. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CONTROVERSIA.**

En primera instancia, la representación de D. Balbino, ejercita una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación contenidas en las escrituras públicas de constitución de garantía hipotecaria que, en fechas 3.08.2.006 y 29.03.2.007, concertó con la entidad Banco de Crédito Balear SA, luego Banco Popular Español SA, en crédito cedido a Targobank SA, y en concreto, en la demanda reclama la nulidad de las cláusulas que fijan el interés del préstamo conforme al índice IRPH, las cláusulas suelo, la de gastos, la comisión de apertura, la comisión de novación, y la de intereses moratorios, así como el reintegro de los gastos de notaría, registro, gestoría e IAJD, y del importe de las comisiones antes aludidas. Asimismo, acumula una demanda contra la entidad aseguradora Genworth Financial Insurance, Cia de Seguros y Reaseguros, así como contra la entidad bancaria, de cumplimiento de un contrato de seguro que califica como de cobertura de una incapacidad permanente para la ocupación habitual del asegurado ahora demandante.

La sentencia de instancia declara la nulidad de las cláusulas de gastos, interés de demora, cláusula suelo, comisión de apertura y comisión por novación, así como el reintegro de los gastos de notaría, registro y gestoría, con condena al Banco Popular Español SA y a la entidad Targobank SA. Desestima el reintegro del gasto del IAJD, la petición de nulidad de la cláusula IRPH, y la acción basada en el contrato de seguro. No efectúa expresa imposición de costas por estimación parcial de la demanda.

Contra dicha resolución interpone recurso de apelación la representación del demandante en petición de declaración de nulidad de la cláusula de interés variable IRPH y la acción fundada en el contrato de seguro. La representación de la entidad demandada se opone a dicho recurso, y, asimismo, impugna el recurso, en petición de que se declare la validez de las comisiones de apertura y de novación, y se rebaje a la mitad el importe fijado como gasto de notaría y de gestoría.

### **Segundo. PLANTEAMIENTO DE LA CONTROVERSIA SOBRE EL IRPH.**



Con la demanda que dio inicio a las presentes actuaciones se interesa por la actora se declare la nulidad de la condición general de la contratación incluida en las dos escrituras de préstamo con garantía hipotecaria antes referidas, en las que se establece como tipo de referencia para el tipo de interés variable el IRPH Entidades.

La primera escritura es de fecha 3 de agosto de 2.006, por un capital de 173.000 euros, a amortizar en un plazo de treinta años. Se establece durante el primer año un interés fijo del 3,95%, y posteriormente el siguiente interés variable recogido en la cláusula 3.2.1., cuya redacción es la siguiente:

"A estos efectos se establece como tipo de interés de referencia el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito y publicada mensualmente en el BOE, como índice o tipo de referencia oficial, definido en el apartado 3 de anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España".

En la cláusula 3.2.3. se pacta como interés supletorio, el " tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos".

El diferencial es de 0,25 puntos con ambos índices. Se pactó una bonificación en función de los productos o servicios bancarios que la parte prestataria tenga suscritos o domiciliados en el banco en cada momento.

Las mismas partes suscribieron en fecha 29 de marzo de 2.007 con los mismos tipos de interés e idéntico diferencial una ampliación del préstamo en la suma de 38.326,71 euros. La única diferencia radica en que el interés fijo en el primer año del contrato fue del 4,75% nominal anual, y que se amplía la amortización del préstamo hasta el día 4.04.2.037.

Con la demanda que dio inicio a las presentes actuaciones se interesa por la actora se declare la nulidad de la condición general de la contratación incluida en las dos escrituras de préstamo con garantía hipotecaria antes referidas, en las que se establece como tipo de referencia para el tipo de interés variable el IRPH Entidades.

Fundamenta su pretensión, en considerar que la citada cláusula es abusiva por falta de información y transparencia, y constituir un índice fácilmente manipulable por las propias entidades de crédito. Señala que el empleado del banco de su confianza les señaló que era un índice muy parecido al Euribor pero más beneficioso para el cliente; no se aportó información adicional, ni sobre el histórico del mismo, ni su posible evolución, ni su comparación con el Euribor; no se entregó oferta vinculante ni folleto informativo que le permitiera conocer las características esenciales del producto ni los riesgos que conllevaba; no se le informó de su composición, efectos y posible evolución del interés IRPH, ni se le puso en relación con otros índices aplicables como el Euribor; no se le explicó al actor de forma mínimamente comprensible la definición del referido índice. Por ello solicita como petición principal que el préstamo quede sin interés.

La sentencia de instancia desestimó la petición de declaración de abusividad de esta cláusula, con cita de sentencias de Audiencias Provinciales, - incluida las de estas Sala-, y especialmente de la STS, Pleno, de 14 de diciembre de 2.017.

Contra dicho pronunciamiento se alza la parte demandante, reproduciendo como motivos de impugnación los mismos argumentos esgrimidos en su escrito de demanda, y mostrando su discrepancia con la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 17 de diciembre de 2.017, de la misma manera que se adhiere a los votos particulares a dicha sentencia. La parte demandada se ha opuesto al recurso interesando la íntegra confirmación de la resolución recurrida y con expresa condena en costas a la parte apelante. Reitera la doctrina jurisprudencial fijada en la STS de 14 de diciembre de 2.017.

Esta Sala ha tratado en diversas sentencias sobre la posible abusividad de cláusulas que, como interés variable, establecen el denominado IRPH y ha resuelto en sentido negativo, esto es, declara la validez de la incorporación de dicho índice al contrato, criterio continuado tras el dictado de la STS antedicha dictada en interés casacional. Destacaba que supera el doble control de transparencia; que es un índice controlado, regulado y normado que no provoca un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes; es un índice sujeto al control del Banco de España; es un elemento esencial del contrato del cual el consumidor se percata de su existencia, y no se ha incorporado al contrato de forma sorpresiva; inexistencia de posible confabulación de bancos para alterar dicho índice, y refería argumentos recogidos en la tan aludida sentencia del Pleno del Tribunal Supremos.

Con posterioridad ha recaído la STJUE de 3 de marzo de 2.020, y debemos determinar si cabe modificar o no dicho criterio.

### **Tercero. CUESTIONES PREVIAS SOBRE CLÁUSULA IRPH Y NORMATIVA APLICABLE.**



Tal como se reseña en la STS de 14 de diciembre de 2.017, en su FD 4, los criterios para el cálculo del interés variable se desglosa en dos componentes:

"a) un tipo de referencia indicativo del precio del dinero (por ejemplo, por citar la práctica española, Mibor, Ceca, Euribor o el ahora cuestionado IRPH ); y b) eventualmente, un margen o diferencial establecido en términos porcentuales, que se sumará o restará, en su caso, al tipo de referencia. En consecuencia, cuando se utiliza el sistema de índice de referencia más diferencial, el precio del préstamo no es solo el correspondiente al índice, sino el resultante de la suma del valor del índice en cada periodo contractual más el margen..."

Con ello queremos resaltar la importancia del diferencial como elemento que conforma el interés variable, y que no reviste especial complejidad de comprensión para el consumidor.

El índice de tipo de interés variable es un índice normado. En cuanto a la normativa vigente en la celebración de los dos préstamos que nos ocupan, debemos reseñar:

- La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios habilitó al Banco de España para definir un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable.

En su artículo 6 dicha orden, establecía: « 2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

En el anexo I de dicha Orden se recoge la obligación, en cuanto a préstamos por importe inferior a 25 millones de pesetas, de que la entidad prestamista debe entregar al consumidor prestatario un folleto informativo, que, entre otros aspectos, debe contener la evolución de dicho índice, al menos, durante los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible.

- La Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, estableció como oficiales los siguientes índices: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro. c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito. d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro. e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años. f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor). Se dispuso que el Banco de España diera una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarían mensualmente en el BOE. Los bancos deben ajustarse a los mismos sin introducir variaciones o modificaciones.

- Por OM de 1 de diciembre de 1.999 , se añadió el índice Euribor, en sustitución del índice Mibor hacia el futuro.

- El Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, obligó a las sociedades de crédito hipotecario autorizadas a la entrada en vigor de esa norma a transformarse en establecimientos financieros de crédito antes del 1 de enero de 1997. Como consecuencia de dicha transformación, el IRPH - Entidades, a partir del 1 de enero de 1997, se calculó únicamente a partir de los datos declarados por los bancos y las cajas de ahorros.

- La desaparición definitiva del IRPH -Cajas y del IRPH - Bancos se produjo de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el 1 de noviembre de 2013. El Banco de España, con efectos desde ese mismo día, dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y las referencias al tipo de interés IRPH -Cajas e IRPH -Bancos fueron sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo o crédito hipotecario, y si éste era del mismo tipo, todos los índices IRPH quedaron reducidos a uno: el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España, el IRPH Entidades, aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

En la aludida STS de 14 de diciembre de 2.017 se indica la finalidad de dicha normativa:



"Para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros. Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio."

Con carácter previo, debemos reseñar que la STJUE de 3 de marzo de 2.020, en respuesta a cuestión prejudicial planteada, responde indicando que "el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa".

Por tanto, y sin perjuicio de indicar que la determinación de si tal norma es imperativa corresponde a los Tribunales nacionales, concluye que tales normas no revisten tal carácter, y por tanto, al haber sido incorporado al contrato un índice normado que establece un interés variable, mediante una condición general de la contratación, debe examinarse si se superan o no los controles establecidos en la doctrina jurisprudencial. Por tanto, la incorporación como índice de referencia en un contrato de préstamo no es una consecuencia imperativa de una disposición legal, sino una decisión de los contratantes entre los distintos tipos de interés admitidos.

Dicha sentencia, no declara per se que la cláusula que establece un determinado índice de interés variable IRPH (no el IRPH en cuanto tal), sea válida o nula, sino que, como toda condición general de la contratación, está comprendida en el ámbito de la Directiva 93/13 y procede examinar si se superan o no tales controles atendidas las circunstancias del caso concreto; esto es, que el Juez nacional, valorando las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, con los parámetros establecidos en dicha sentencia, determine si existe la suficiente transparencia conforme a las normas comunitarias, tal como las interpreta el TJUE.

#### **Cuarto. CONTROL DE INCORPORACIÓN CLÁUSULA IRPH.**

Dicho control se recoge en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

En el caso enjuiciado se supera, y así, conforme al artículo 5 de dicha norma, dichas condiciones generales se contienen en una escritura pública notarial firmada por todos los contratantes y se le ha facilitado una copia de la misma, que es la incorporada a las actuaciones y permite al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración. También se ajusta a los criterios de claridad, concreción y sencillez. También se cumplen los requisitos del artículo 7, y la cláusula no puede calificarse como de ilegible, ambigua, oscura e incomprensible, y no obran en documentación separada no firmada. En la escritura se fija con claridad el tipo de interés aplicable, en concreto, el "tipo de interés de referencia el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjuntode entidades de crédito", que se dice es regulado por la Orden Ministerial antes citada, y se publica por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado, con un diferencial del 0,25%.

La STS de 15 de diciembre de 2.015, ratificada por la de

24 de enero de 2.018, señala que « la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la cláusula controvertida", así como que en su ámbito no se juzga un eventual error vicio en el consentimiento.

En el caso, se aprecia que la cláusula en su redacción gramatical es de fácil comprensión; redacción precisa sin contener vaguedades que generen confusión; se encuentra ubicada en el apartado correspondiente dentro de la estructura lógica del condicionado general. Consideramos que no se puede exigir la plasmación escrita de la concreta forma en que se calcula dicho índice, pues es objetivamente determinado por terceros, y al ser variables, fluctúan. En definitiva, un consumidor medio se hallaba en condiciones de tomar constancia del tipo de interés pactado. No es una disposición oculta entre datos que la disimulan o que inducen a confusión, ni entraña la aplicación de mecanismos que acaben produciendo resultados distintos a lo inicialmente publicitado u ofertado.



Consideramos aplicable la misma argumentación que sobre un índice similar contiene la STS Pleno de 14 diciembre 2.017, en el sentido de que el consumidor era consciente porque había sido informado que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como de la manera que se calculaba interés variable, y pudo apercibirse a su importancia económica y jurídica, y que se trataba de un índice oficial. Así lo indica el Abogado General en sus conclusiones sobre la cuestión prejudicial referida al indicar que "el consumidor "estaba en condiciones de entender, sobre la base del contrato de préstamo, que, en cada cuota de devolución, debía pagar un precio determinado más o menos estable, a saber, el resultado de la suma del IRPH Cajas más un diferencial" (en este supuesto el IRPH entidades).

Por tanto, se supera el control de incorporación.

#### **Quinto. CONTROL DE TRANSPARENCIA CLÁUSULA IRPH.**

La STJUE de 3 de marzo de 2.020 contiene una extensa referencia de dicho concepto que transcribimos a continuación:

" El juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2 , y 5 , debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, fija un tipo de interés variable cuyo modo de cálculo se considera que resulta complejo para el consumidor medio, el profesional debe comunicar al consumidor de que se trate información sobre el método de cálculo del índice en que se basa el cálculo del mencionado tipo de interés y sobre la evolución de tal índice en el pasado y cómo podría evolucionar en un futuro.

Como aspectos más relevantes de la contestación del TJUE, debemos reseñar:

- "... tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración del contrato. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional ( sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11,EU:C:2013:180 , apartado 44; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 70; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 , EU:C:2016:980 , apartado 50, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 48).

- 51 " Así pues, por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras (véanse en este sentido, por analogía, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 , apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 51).

- 52 Dado que la competencia del Tribunal de Justicia comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11 , EU:C:2013:180 , apartado 48 y jurisprudencia citada), corresponde solo al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo.....). Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio, según se ha descrito a este en el apartado 51 de la presente sentencia, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los





servicios que son objeto de dicho contrato ( sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 47 y jurisprudencia citada).

- 53 Por lo que respecta a una cláusula como la mencionada en el apartado 51 de la presente sentencia, que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, procede hacer constar, como observó el Abogado General en los puntos 122 y 123 de sus conclusiones, que es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades....".

- 54 También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.....

En el supuesto enjuiciado se supera el requisito previsto en el apartado 53, esto es, el índice IRPH Entidades es un índice oficial bajo el control del Banco de España, definido en la norma reglamentaria transcrita en la escritura pública. No consideramos sea exigible una información más exhaustiva respecto de las situaciones que pudieran producirse en los 30 años siguientes, y más en relación con los restantes índices oficiales.

En cuanto al requisito recogido en el apartado 54, cuya finalidad es que el consumidor pueda conocer las consecuencias económicas que le comporta contratar dicho índice, cabe inferir que se satisface si se le informa sobre la situación de dicho índice el día de la contratación y al menos en los dos años anteriores. En el litigio que nos ocupa no obra prueba alguna de las circunstancias que rodearon la contratación, pues únicamente se ha propuesto prueba documental, y no consta en las actuaciones ninguna oferta previa ni folleto informativo, en documentación exigible a tenor de la OM de 5 de mayo de 1.994 en el segundo préstamo, aplicable en las fechas de concertación del préstamo, ni tampoco de oferta previa o cualquier otra documentación precontractual. Es de reseñar que el importe del primer préstamo supera los 150.000 euros, motivo por el cual no era obligatoria en la fecha de los hechos la entrega de la aludida documentación escrita, pero, no obstante, consideramos que, al serle aplicable la Ley de Condiciones Generales de Contratación, también debe examinarse si concurre el control de transparencia, si bien la normativa reglamentaria antes señalada recogida en la STJUE, no le es aplicable dada dicha cuantía.

En el supuesto fáctico sobre el cual se pronunció el TJUE en sentencia de 3 de marzo de 2.020 se trataba de un préstamo por cuantía inferior a 150.000 euros, y se aludió a la obligación legal antes reseñada de entrega de documentación. No obstante ello, el hecho de que el primer préstamo supere la indicada cifra, no impide que se efectúen los controles necesarios sobre la condición general de la contratación.

El aspecto más controvertido sobre la cuestión es determinar el ámbito de tal información que la entidad prestamista debe dar al consumidor. Sobre el particular cabe reseñar:

A) Debe estarse a la situación existente a la fecha de celebración del contrato, tal como se destaca en dicha doctrina jurisprudencial, así como en la STJUE de 20 de septiembre de 2.017, caso Andriciuc.

B) Tal información no debe confundirse con una obligación de asesoramiento por la parte prestamista.

El Abogado General en sus conclusiones, indica:

" En efecto, es importante no confundir la exigencia de transparencia de cláusulas contractuales impuesta por dicha Directiva, cuya finalidad es permitir al consumidor medio evaluar las consecuencias económicas de su préstamo, con la obligación de asesoramiento, que no recoge la citada Directiva.....En consecuencia, no cabe exigir al banco que ofrezca diferentes índices de referencia a los consumidores. En efecto, la obligación de información a que se refiere la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no es una obligación de asesoramiento y, por lo tanto, no implica en absoluto que la entidad bancaria deba emplear u ofrecer al consumidor diferentes índices oficiales"



En este sentido, la demandada no está obligada ni a disponer en sus ofertas de todos los tipos de interés variable, ni de ningún índice distinto del contratado. El hecho de que se trate de unos tipos de intereses controlados por la Administración Pública a través del Banco de España, excusa de que se expliquen en profundidad o de un modo pormenorizado el modo de cálculo de todos los tipos de interés variable recogidos en la norma, o de un elenco de todas y cada una de las vicisitudes que pueden producirse en un futuro, en este caso de 30 años, y que pudieran provocar oscilaciones relevantes. En la escritura pública se recoge el nombre del tipo de interés y su regulación en la Orden Ministerial.

Ante tal circunstancia, debe decaer la alegación de que se trata de un interés manipulable, pues es un índice controlado por el Banco de España, aparte de que no consta acreditado que la entidad demandada participare en conductas tendentes a una posible alteración en su beneficio. En este sentido, la STS de 14 de diciembre de 2.017 indica:

"- No debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación."

C) Dicha doctrina del TJUE no altera los siguientes argumentos contenidos en la STS de 14 de diciembre de 2.007 que se estiman aplicables al supuesto enjuiciado.

- Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo.

- 9.- Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables. Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa.

- Tampoco era exigible, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí.

- La transparencia en la contratación mediante condiciones generales no exige que el predisponente tenga una oferta más o menos amplia. Basta con que el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál era el índice de referencia, de entre los varios admitidos legalmente, que se utilizaba por el predisponente en el contrato en cuestión, y el diferencial a aplicar sobre tal índice que utilizaba el predisponente para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado.

- 10.- La Audiencia tiene muy presente que el Euribor ha tenido un comportamiento más favorable para el consumidor que el IRPH, pero aparte de que dicha circunstancia se hace desde un sesgo retrospectivo que no puede servir de pauta para el control de transparencia, no tiene en cuenta que el tipo de interés no se forma solo con el índice de referencia, sino también con el diferencial, y no consta que los diferenciales aplicados a préstamos con Euribor fueran también más beneficiosos para el prestatario que los aplicados a préstamos con IRPH. Al contrario, estadísticamente, en los préstamos con este último índice de referencia los diferenciales son más bajos. Lo que, lógicamente, sirve para hacer competitiva la oferta, puesto que a un índice de referencia que supone un tipo porcentual más alto que otros, como el Euribor, se le añade un diferencial menor.

- Además, la Audiencia Provincial tampoco tiene en cuenta otra circunstancia, y es que los diferenciales tenían una mayor o menor magnitud en función de otros datos contractuales, como la vinculación del cliente con la entidad, la domiciliación de la nómina, de otros recibos, la contratación de otros productos, etc. Por lo que resulta imposible anudar la transparencia del tipo de interés al mero hecho de su referenciación a uno u otro índice oficial.....En la práctica, la Audiencia acaba haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible.

- Con esos datos es fácilmente comprensible el precio del préstamo, puesto que el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial..... Tampoco



cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía que iba a tener un comportamiento más favorable para los prestamistas que el Euribor. Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euribor. Ello es relevante porque, dado que hasta ahora el Euribor ha tenido un valor inferior al IRPH, el Euribor también influyó en la conformación a la baja de los valores del IRPH, puesto que las operaciones referenciadas a dicho índice se incluían en el cálculo de este último. Lo que pone más que en entredicho la conclusión, también de sesgo retrospectivo, según la cual la prueba de que el IRPH convenía más a priori a las entidades financieras es que el Euribor bajó más.

En el caso concreto, en cuanto a los dos criterios expuestos en los apartados 53 y 54 de la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2.020, debemos reseñar:

1) Este índice es fácilmente asequible para el consumidor y le permitía comprender que el mismo este índice se calculaba sobre el "el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito".

2) Que no consta probado que la entidad prestamista cumpliera con el trámite exigido en la OM de 5 de mayo de 1.994, de presentar un folleto o documento en el que explicase la suma que se pagaría en la fecha de constitución del préstamo hipotecario por aplicación de dicho índice, y la evolución al menos en los dos años anteriores. Tal circunstancia le ha dificultado, si bien no impedido, la comparación con otros índices, también publicados en el BOE como el Euribor. En el primer préstamo dicha información no se exigía fuera escrita, dada la cuantía del préstamo, pero, no consta se prestase siquiera de forma verbal.

3) Consideramos que este control no exige, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, que la entidad prestamista informase al consumidor de todos los hechos o circunstancias posteriores que pudiesen provocar una diferencia relevante entre el índice contratado y los demás índices oficiales, y en concreto, de la situación acaecida desde finales del año 2.008, fecha en la cual se inició una diferencia ya más relevante entre el Euribor y el índice IRPH Cajas. No consta acreditada que esta circunstancia se configurara como probable en los años 2.000 y 2.007, y fuere conocida por la entidad bancaria.

La circunstancia más relevante es que el interés IRPH tiene en cuenta el TAE (que incluye comisiones y diferenciales), y el Euribor no. Ante la bajada de tipos de interés, las entidades bancarias incrementaron comisiones y diferenciales, lo que motivo que tal bajada de tipos de interés no se reflejase con tanta intensidad en el interés IRPH, de modo que la diferencia del tipo de interés entre ambos índices aumentó considerablemente,

Consideramos que, a tenor de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, el empleado de la entidad bancaria no tenía obligación de informar que pudiera acaecer una situación posterior no concurrente en la fecha de los hechos, ni consta prueba que la misma fuere previsible para la entidad bancaria, y más en un préstamo destinado a durar treinta años. Reiteramos que tal obligación de información no conllevaba una información de todas las circunstancias que pudieran hacer que este índice no fuere el más bajo en los siguientes 30 años. Tampoco tenía obligación de comparar este índice con todos los demás que pudiese ofrecer la entidad. Al respecto, la STS de 14 de diciembre de 2.017 califica tal información como imposible, por cuanto:

" En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando".

"Para que en el mercado del crédito fueran competitivos los préstamos referenciados al IRPH y poder ofertar un TAE similar a los préstamos referenciados al Euribor, es claro que en aquéllos el diferencial tenía que ser menor. Lo relevante no era, pues, la diferencia en ese momento entre IRPH y Euribor, sino cuál iba a ser la evolución futura. Y eso no puede exigirse al banco que lo conociera, ni que, por tanto, lo informara; sobre todo en un préstamo con un plazo de duración de 35 años."



Asimismo, visto el tenor de la contestación a la pregunta formulada por el Juzgado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debemos colegir la importancia de la evolución en el pasado del índice contratado, pero no la evolución en un futuro, y la información pormenorizada del método de cálculo. y su contestación,

Por todo ello debemos concluir que, al no constar que se cumpla por la entidad bancaria la información relativa al interés IRPH vigente en la fecha de concertación de ambos contratos y en los dos años anteriores, no se supera el control de transparencia. Éste es el único motivo por el que no se supera el control de transparencia, pues en todo tipo de interés variable existe un elemento de incerteza que tanto puede perjudicar como beneficiar al consumidor en razón de cómo evolucionen en el futuro los tipos, y siendo éstos distintos, también la incerteza de cómo los hechos o circunstancias que acaezcan en el futuro y durante 30 años, repercutirán en cada uno de los índices reglamentariamente previstos, con las consecuentes diferencias entre ellos. Consideramos que la entidad bancaria no tenía obligación de predecir en los años 2.006 y 2.007 la relevante bajada de tipos de interés que se produciría a partir de finales de 2.008. Asimismo, no resulta acreditado que, como afirma el apelante, se intentase ganar al consumidor con la falsa apariencia de que estaba contratando un préstamo a interés más bajo del normal

#### **Sexto. JUICIO DE ABUSIVIDAD EN LA CLÁUSULA IRPH.**

A tenor del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13:

«1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.»

El artículo 4 de esta Directiva tiene la siguiente redacción:

«1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles»

El artículo 10 1.c) de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1.984, vigente en la fecha de la contratación que nos ocupa, recoge los requisitos de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

La STJUE de 20 septiembre 2.017, alude a dicha cuestión en los siguientes términos:

"..... la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulteriores ejecución de dicho contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que sólo se manifieste mientras se ejecuta el contrato.

En efecto, para saber si una cláusula como la controvertida en el litigio principal causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11 , EU:C:2013:164 , apartados 68 y 69)."

En parecido sentido se expresa la STJUE de 26 de enero de 2.017.

La STS de 24 de febrero de 2.020 admite que una cláusula puede ser transparente, pero no abusiva, si no causa un grave desequilibrio en perjuicio del consumidor, ni concurre mala fe.

Por tanto, procede determinar si dicha cláusula es abusiva.

No apreciamos concurra una situación de desequilibrio. Si atendemos las fechas de celebración del contrato, -agosto 2.6 y marzo de 2.007-, no cabe duda que el interés Euribor siempre ha sido más bajo que el IRPH Entidades, con una diferencia de 0,740 y 0,879, respectivamente. En los dos años anteriores, se había



mantenido en una diferencia similar. No obstante, no puede olvidarse que el diferencial sería más elevado que el 0,25. Por tanto, el resultado final era muy similar al de aplicación del Euribor más diferencial, y no se ha acreditado que en la fechas de celebración del contrato, la aplicación de dicho índice, relacionado con el diferencial, fuera gravemente perjudicial para el consumidor. No puede olvidarse la importancia del diferencial como un elemento a tener muy en cuenta para la determinación del importe de las cuotas del préstamo.

Hasta enero de 2.009 no se incrementó la diferencia respecto del Euribor, que pasó a ser de 2,79 y 2,59 en los años 2.009 y 2.010. Esta variación posterior no guarda relación alguna con el hecho de la ausencia de comunicación por la entidad bancaria de los índices entre agosto de 2.004 y agosto de 2.006, y marzo de 2.005 y marzo de 2.007. Como antes se ha reseñado, para valorar el desequilibrio debe estarse a las circunstancias existentes a la fecha de celebración del contrato, no a la evolución futura de dichos índices.

Asimismo, se trata de un índice oficial de entre los seis entonces elaborados por el Banco de España y publicados en el BOE, precisamente para configurarse como tipos de interés variable. No existe prueba de una maliciosa ocultación por la entidad bancaria de una información relevante sobre una inminente evolución de los tipos de interés que pudiera beneficiar al prestamista y perjudicar al consumidor, cuyos efectos se mostraren con posterioridad, y permitan presumir que de haberla conocido el consumidor no hubiera aceptado el tipo de interés IRPH. Por tanto, no apreciamos existencia de mala fe.

. Como hemos señalado, el incremento relevante de la diferencia se produjo año y medio después.

Compartimos el criterio mantenido por la SAP de Madrid, Sec 28, de 22 de mayo de 2.020, que en el caso de que " la entidad bancaria hubiera desatendido por completo la obligación de informar adecuadamente al usuario sobre la evolución pretérita del IRPH , la opacidad o falta de transparencia material así creada tampoco sería causalmente determinante del tipo de desequilibrio precio/prestación que se denuncia, porque la expectativa del prestatario acerca del comportamiento futuro del índice pactado, aunque acaso deficientemente elaborada a causa de la falta de información, no se frustra por un incremento inusual del mismo sino por la correlación existente entre su comportamiento y el comportamiento de otro índice (el Euribor) que -se insiste- constituye una variable completamente ajena al contrato y sobre la que no pesaba obligación de información alguna.

En definitiva, en el caso de la cláusula IRPH ni el exquisito cumplimiento del deber de información evitaría la clase de desequilibrio que se denuncia ni su total incumplimiento sería capaz de provocarlo, por lo que, como se ha señalado, opacidad y desequilibrio no solo no se identifican sino que se nos presentan como cualidades causalmente desvinculadas." .

Aparte de ello, la opción por uno de los índices de referencia, en un contexto en el cual la existencia de un diferencial compensa de algún modo el empleo de un índice que en tal fecha era más elevado, siendo ambos oficiales, en cuanto admitidos por una norma reglamentaria y supervisados por el Banco de España, no consideramos que pueda ser contrario a la buena fe, ni suponga un desequilibrio.

Asimismo, es preciso recordar que, en el hipotético supuesto de declaración de nulidad, el TJUE en la sentencia mencionada de 3 de marzo de 2.020, al tratar de las hipotéticas consecuencias de una nulidad de una cláusula de interés variable IRPH Cajas de Ahorros, deriva la solución al derecho nacional, pero sugiere que en último extremo se aplicaría como interés supletorio el recogido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2.013 de 27 de septiembre de 2.013, y este índice es precisamente el que es objeto de impugnación en esta litis, " el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición devivienda libre del conjunto de entidades de crédito". Lo relevante es que el propio Tribunal admite la aplicación del índice que nos ocupa, siquiera lo sea con carácter supletorio, siempre que así se considere por el Juez nacional.

En consecuencia, procede declarar no haber lugar a la nulidad de la cláusula que establece un interés IRPH. Se confirma la sentencia de instancia.

#### **Séptimo. SOBRE LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE SEGURO.**

La parte actora ejercita una acción de cumplimiento de contrato de seguro contra la entidad prestamista y su sucesora, y contra la entidad aseguradora Genworth Financial Insurance, Cía de Seguros y Reaseguros. No se presenta póliza de contrato de seguro por cuanto alega no la tiene en su poder, y ha interpuesto diligencias preliminares sin éxito. Dice que " de la lectura del clausulado se deduce la existencia de seguros de diferentes coberturas...." y dicho seguro cubre el riesgo de incapacidad permanente total para la profesión habitual, y adjunta como documento 18 el recibo del pago de la prima de uno de dichos seguros. También recuerda que, en relación con un seguro de vida que cubría la incapacidad permanente total, recayó sentencia de esta Audiencia Provincial de 27 de noviembre de 2.014 en el cual se reconocía la existencia de un contrato de seguro de dicho tipo, y que el



riesgo acaeció en fecha 9.04.2.008, en la cual el demandante fue declarado en tal situación laboral, y la entidad aseguradora era Eurovida SA.

La sentencia de instancia desestima dicha pretensión, por cuanto estima que no se ha acreditado la existencia de este seguro; que el seguro referido en las escrituras públicas es de crédito y a favor de la entidad bancaria, y no un seguro que cubre el riesgo de la incapacidad permanente total del prestatario; refiere doctrina jurisprudencial sobre el artículo 329.2 de la LEC, y concluye que las escrituras públicas aluden a un seguro distinto, y a favor de la entidad prestamista.

Dicho pronunciamiento es apelado por la representación de la parte actora en petición de que se tenga por acreditada la existencia de dicho seguro. Refiere que en las actuaciones sobre diligencias preliminares, el Procurador de la codemandada admitió la existencia de dicho seguro; que el supuesto es idéntico al resuelto por la Sección Tercera de esta Audiencia en la sentencia aportada de 27.11.2.014; que el demandante fue declarado en situación de incapacidad permanente total para su ocupación habitual en fecha 9.04.2.008; que las demandadas quieren hacer un "negocio redondo" y ocultan dicho documentos; mala fe de las demandadas al no exhibir dicha documentación, y debe otorgarse la cobertura del seguro.

La representación de la parte demandada solicita la confirmación de este pronunciamiento desestimatorio de la sentencia, y destaca que no se ha producido el supuesto objeto de cobertura, pues este préstamo es pagado con regularidad.

Como circunstancias relevantes para dilucidar la controversia que nos ocupa, debemos tener en cuenta:

A) El texto de la estipulación de ambos contratos, así, en el de la escritura de 3.08.2.006 se indica textualmente:

" Se hace constar que al exceder en este caso el importe del préstamo del 80% del valor de tasación del inmueble hipotecado, en lugar de una garantía personal adicional a la hipoteca, el prestatario opta por la suscripción por la entidad concedente del préstamo, en calidad de tomadora, de un contrato de seguro de crédito, en el que el asegurado cubre el riesgo de desfase entre el importe del préstamo y el valor de realización del inmueble en caso de incumplimiento. El coste del seguro se repercute al prestatario..". Se fija una prima única de 3.674 euros.

En la escritura de 29.03.2.007 la redacción es idéntica, si bien el importe de la prima es de 4.446,51 euros.

B) La parte actora aporta como documento nº 18 de su demanda, un cargo de la entidad bancaria en su cuenta de 3.674,84 euros, de fecha 29.03.2.007 que alude a " exceso prima seguro hipoteca Genworth sobre 20%".

C) La representación del demandante instó diligencias preliminares para la exhibición de la póliza del seguro aludido en la demanda, y calificándose de justificada la petición por el Juzgador que conoció la petición, el documento no ha sido presentado por la entidad demandada. El Procurador del Banco de Crédito Balear SA compareció en dichas actuaciones y manifestó que " este crédito ha sido cedido a Targobank y se solicitará la documentación a Genworth". Tampoco se ha indicado justificación alguna para no presentarlo.

D) Como prueba documental en esta litis, y encontrándose en rebeldía la entidad aseguradora, se ha requerido a Targobank la entrega de dicha documentación, y dicha entidad codemandada no ha presentado documento alguno.

La parte apelante solicita la aplicación del artículo 329.2 de la LEC, y que, ante la ausencia de presentación de la póliza de dicho seguro, se entienda acreditada la existencia de una póliza de seguro que cubre el riesgo de la incapacidad permanente total del demandante, y su consecuencia es que debe entenderse amortizado el importe de un 20% del capital del préstamo.

Ciertamente, nos encontramos ante una negativa injustificada a la presentación de un documento, y en tal caso, el artículo 329.1 LEC dispone que "el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia presentada por el solicitante de la exhibición, o a la versión que del contenido del documento hubiese dado".

Dicha norma no implica que la falta injustificada de presentación de dicha documental suponga de forma automática el reconocimiento de lo que de ella afirma la parte actora, sino que conforme a la frase " tomando en consideración las restantes pruebas", atribuye al tribunal la posibilidad de tener por acreditado el documento mediante una copia o la versión que del contenido del documento hubiere dado, pero con la palabra "podrá" pone de relieve que se trata de una facultad del tribunal, y que deben atenderse el resto de las pruebas.

En este sentido, la alegada STS 21 de mayo de 2.015, en relación con el artículo 329 LEC establece:



" Se trata de un precepto legal que permite tener por probados determinados hechos como consecuencia de la práctica de una prueba documental por parte de una de las partes, cuando la parte que tiene en su poder los documentos y es requerida para exhibirlos, no los exhibe. Si el tribunal vulnera dicho precepto, porque no hace uso de esa previsión de una forma injustificada o arbitraria, y debió tener por probados determinados hechos, está infringiendo reglas relativas a la práctica y valoración de la prueba, en cuanto que el modo en que ha determinado el sustrato fáctico de la resolución (esto es, qué considera probado y qué considera no probado) no se ajustará a la normativa legal que lo regula. Pero no está vulnerando las reglas de la carga de la prueba.

Las reglas sobre la carga de la prueba se sitúan en un plano distinto. Una vez fijado el sustrato fáctico mediante la práctica y valoración de los medios de prueba, si el tribunal considera que determinados hechos relevantes no han quedado adecuadamente probados, debe decidir a quién perjudica esa falta de prueba adecuada. Se infringen las reglas de la carga de la prueba cuando el tribunal considera que un determinado hecho no está probado y yerra al decidir a qué parte debe perjudicar la ausencia de prueba adecuada sobre tal hecho."

Atendidas las circunstancias antedichas, la Sala considera que, aun a pesar de la negativa injustificada por las demandadas a la presentación de dicho documento, la parte actora no ha acreditado que sea beneficiario o asegurado de un contrato de seguro sobre las personas que cubra el riesgo de la incapacidad permanente total para el trabajo habitual del demandante.

A) Las cláusulas contenidas en las escrituras públicas en modo alguno aluden a un seguro como el pretendido por la parte actora, sino que, por el contrario hacen referencia a un seguro de crédito, sin más especificaciones en beneficio de la parte prestamista. La cláusula indica de modo esquemático cuál es la cobertura del seguro, en concreto, " cubre el riesgo de desfase entre el importe del préstamo y el valor de realización del inmueble en caso de incumplimiento", aparte de indicar que se trata de un seguro de crédito, sin que de la cláusula así redactada pueda deducirse que cubra la contingencia de incapacidad permanente habitual para todo trabajo.

Asimismo, del contenido de la cláusula se infiere que con este seguro se trataba de justificar que en el préstamo que nos ocupa, pudiese sobrepasarse el límite del 80% entre el crédito garantizado y el valor de los bienes hipotecados, recogido en el artículo 5 de la Ley 2/1.981 de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario, y tras la reforma por Ley 41/2.007 (posterior a la fecha de las escrituras que nos ocupan) se permite expresamente superar dicho límite con un seguro de crédito.

B) La parte actora en su demanda parte de que el seguro aludido en las estipulaciones antes expresadas de la escritura es el que sostiene su existencia, y las cláusulas no solo no contienen indicio alguno de la existencia de seguro sobre las personas que incluya esta contingencia. Ciertamente, con cierta frecuencia en el tráfico jurídico, se concertan seguros de vida relacionados con el préstamo, algunos de los cuales podrían incluir la cobertura de incapacidad permanente para el trabajo habitual, pero tal tipo de seguro no es referido en la escritura ni en documento alguno. No se aporta prueba de la que, incluso indiciariamente, pueda inferirse la existencia del seguro pretendido por la parte actora, y en este sentido no se aporta recibo de pago de la prima de este seguro, y el único recibo presentado en modalidad de prima única (documento nº 18 de la demanda) se corresponde con la cuantía de la prima única de uno de los "seguros de crédito".

C) La circunstancia acreditada que el demandante suscribió un seguro sobre las personas con cobertura sobre la incapacidad permanente total en cuanto a otro préstamo, no implica, ni siquiera indiciariamente que se concertare uno idéntico en los préstamos hipotecarios que nos ocupan. Es de reseñar que en el seguro aludido en la sentencia de la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial se trataba de un préstamo personal, no con garantía hipotecaria, en el que es más frecuente la exigencia por la entidad prestamista de mayores garantías del pago del préstamo, y se cubre ante riesgos que pueden dificultar o impedir la devolución del mismo. Se trataba de un seguro colectivo del que era tomador la entidad bancaria, con otra entidad aseguradora distinta de la que nos ocupa, - Eurovida SA, ( esta última del grupo empresarial del banco prestamista).

D) No consta prueba de que la cobertura de este seguro de crédito se haya producido por el momento, pues no se ha producido la ejecución del préstamo hipotecario por impago del prestatario, y, en todo caso, no es beneficiario este último sino la entidad bancaria, en la diferencia entre el valor de realización del inmueble, si éste es inferior al importe del préstamo.

Se desestima el motivo del recurso.

#### **Octavo. COMISIÓN DE APERTURA.**

La actora, en síntesis, alega que se fija la comisión mediante una cantidad fija, sin desglose alguno, y sin conocer exactamente qué servicios se están abonando, en un tanto por ciento en dos escrituras y en una cantidad



fija en otra, y que no podía ponerse a cargo del consumidor, sin la correspondiente explicación comprensiva en toda su extensión, y aceptación expresa de tal gasto; que las operaciones de cálculo de riesgo, viabilidad e instrumentalización del préstamo, organización interna y aspectos contables son inherentes a la operativa bancaria, y tales gastos se habrían asumido sin la pertinente información. No consta la causa para su devengo, no concreta cuál es éste de los autorizados por la comisión de constitución, pues el objeto social de la entidad es la concesión de préstamos; no hay ningún gasto no habitual asumido por el prestamista, que percibe sus intereses, con lo cual está debidamente retribuida su actividad bancaria.

La demandada, en síntesis, sostiene que esta comisión tiene su causa en el estudio realizado y análisis de la operación para su concesión y formalización que requiere la dedicación de recursos humanos cualificados y gastos materiales y esta serie de gastos y costes justifican la percepción de una comisión. Destaca que es un trabajo efectivamente realizado y solicitado por el cliente; que es una comisión avalada por el Banco de España, y cita sentencias de Audiencias Provinciales a favor de dicha tesis.

La sentencia de instancia la declara abusiva.

La controversia sobre la validez o abusividad de esta cláusula ha sido polémica y la doctrina de la denominada jurisprudencia menor no es unánime sobre la cuestión, tal como se aprecia con las sentencias aportadas por la apelante en su escrito, discrepantes con el criterio seguido por esta Audiencia. No obstante, en cuanto a si la cláusula que establece una comisión de apertura es o no abusiva y si supera el control de transparencia, se ha pronunciado el Pleno del Tribunal Supremo en su reciente sentencia nº 44/2.019 de 23 de enero, en una cláusula de idéntico contenido a la que nos ocupa, y que concluye en que no es abusiva, y supera el control de transparencia.

Como resumen del fundamento tercero de la referida sentencia debemos indicar:

- Examina la normativa sectorial aplicable en la fecha del otorgamiento de la escritura, en concreto, en el año 2.005, y alude a la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito; la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, la Circular 5/2012, de 27 de junio, y la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Destaca que se tiene en cuenta para el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE). En el apartado 4 del anexo II de esta última orden se establece:

#### «4. Comisiones.

» 1. Comisión de apertura.- Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará <comisión de apertura> y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula. [...]

» 2. Otras comisiones y gastos posteriores.- Además de la <comisión de apertura>, sólo podrán pactarse a cargo del prestatario: [...]

» c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de

12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo».

- Integra el precio del préstamo. " La comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. ....

11.- Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá.





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

- Refiere la normativa posterior a la concesión del préstamo objeto del litigio, " que ha supuesto un progreso en la protección del cliente bancario, ha previsto también la existencia y licitud de esa comisión de apertura". Cita 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, y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. No han alterado la normativa anterior.

- " La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo. Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura."

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

- "« La comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones, pues no refiere la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio cobrado a través de la prestación, sino que forma parte del precio». Por tanto, el principio de «realidad del servicio remunerado» no exige, en el caso de la comisión de apertura, nada distinto de la propia concesión del préstamo."

- En cuanto a la declaración de abusividad por el hecho de que no se hubiere probado que se hayan prestado los servicios que se retribuye, considera que este argumento no es correcto, " En primer lugar, resulta contradictorio que la Audiencia afirme que la comisión de apertura corresponde a actividades internas inherentes al negocio bancario, lo que implicaría el carácter abusivo de la misma, para a continuación afirmar que no ha quedado probada la realización de tales actividades, y justificar también la improcedencia de cobrar dicha comisión con base en esa ausencia de prueba.

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

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

Exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es «proporcionado» al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, además de suponer un control de precios excluido por el art. 4.2 de la Directiva 93/13 , implicaría serias dificultades prácticas, sobre todo por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación es problemática.

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



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

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

- En cuanto al juicio de transparencia material de la cláusula, indica:

" Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato."

Por todo ello, dicha sentencia revoca el pronunciamiento que declara abusiva esta cláusula y la improcedencia de que la entidad prestamista restituya su importe a la prestataria.

Cabe reseñar que esta Sala reiteradamente había declarado que esta cláusula en relación con prestatarios consumidores era abusiva, en base a argumentos que han sido desestimados por la indicada sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, y, en este sentido, la parte apelada recuerda resoluciones de esta Sala y de otras Audiencias Provinciales que declaran abusiva la cláusula. La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso que nos ocupa, obliga a modificar el criterio que venía siguiendo este Tribunal sobre la cuestión, con lo cual, y en cumplimiento de dicha doctrina jurisprudencial, cuya pretensión es poner fin a la controversia sobre la cuestión en la denominada jurisprudencia menor, procederemos a seguir la antes reseñada, de modo que, en base a sus argumentos, debe declararse la validez de la cláusula y desestimarse la pretensión de reintegro del importe abonado. Se estima el motivo del recurso.

#### **Noveno. GASTOS DE NOTARÍA.**

En cuanto a los gastos notariales, el artículo 63 del Reglamento Notarial se remite a lo que regule el arancel, el cual se contiene en el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, en su Anexo II, que en su norma Sexta establece que " La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente".

La sentencia de instancia condena a la demandada al reintegro de la integridad de los gastos de notaría de las dos escrituras objeto de esta litis. Contra dicho pronunciamiento se alza la representación de la entidad prestamista en solicitud de que se aplique la doctrina jurisprudencial contenida en las STS de 23 de enero de 2.019, y se condene únicamente al reintegro de la mitad del importe de dicho reintegro.

Sobre esta controvertida cuestión, que ha dado lugar a soluciones contrapuestas en la denominada jurisprudencia menor, con dos posturas, una que los atribuye por mitad, y otra que los atribuye íntegramente a la parte prestamista, se han pronunciado recientemente las alegadas cinco sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2.019, en el sentido de que ambas partes, - prestamista y prestatario- son interesadas, y el gasto debe ser repartido por mitad.

Al respecto, la sentencia nº 44/2.019 indica:



" Como primera consideración sobre esta cuestión, la diversidad de negocios jurídicos (préstamo e hipoteca) plasmados en la escritura pública no se traduce, en la regulación del arancel, en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado. Por el contrario, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo ( art. 517.2.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida ( art. 1875 del Código Civil en relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria ), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía.

14.- Es decir, como la normativa notarial vigente habla en general de «interesados», pero no especifica si, a estos efectos de redacción de la matriz, el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor (por la obtención del préstamo) como el prestamista (por la garantía hipotecaria), es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento..."

Esta Sala desde sus sentencias de 26 de octubre y 9 de noviembre, venía entendiendo que el prestamista es el principal interesado en el negocio jurídico de hipoteca, y que, por dicho motivo, le correspondía el pago íntegro de dicho arancel.

La aplicación de la expuesta doctrina del Tribunal Supremo al supuesto enjuiciado, nos obliga a modificar parcialmente el criterio respecto de quien viene obligado al pago de este gasto, con su distribución por mitades entre las partes, lo cual implica que la restitución a la parte actora por este gasto debe limitarse a su mitad. Se estima el motivo del recurso.

#### **Décimo. GASTOS DE GESTORÍA.**

Al igual que en el gasto de arancel notarial, la sentencia de instancia condena a la demandada al reintegro de la integridad de los gastos de gestoría de las dos escrituras públicas. Contra dicho pronunciamiento se alza la representación de la entidad prestamista en solicitud de que se reduzca su importe a la mitad por aplicación de la doctrina jurisprudencial recogida en las STS de 23 de enero de 2.019.

Esta Sala desde sus sentencias de 26 de octubre y 9 de noviembre de 2.017, había seguido el mismo criterio que la sentencia de instancia, esto es, que dada la nulidad de la cláusula, dichos gastos debían ser reintegrados al prestatario por la parte prestamista, por considerar esta última como la principal interesada en el contrato.

Sobre la cuestión se han pronunciado cinco sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2.019, las cuales consideran procedente un reparto por mitad de este gasto. Las mismas refieren:

" En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados.

Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40 , que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito .

2.- Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad."

La aplicación de la expuesta doctrina del Tribunal Supremo al supuesto enjuiciado, nos obliga a modificar parcialmente el criterio respecto de quien viene obligado al pago de este gasto, con su distribución por mitades entre las partes, lo cual implica que la restitución a la parte actora por este gasto debe limitarse a su mitad de dichos gastos de las dos escrituras. Se estima el motivo del recurso.

**ONCE.- COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA.-**

Que con respecto a las costas del recurso interpuesto por la parte actora, y de acuerdo con lo previsto en el artículo.

398 de la LEC, las mismas deberían ser impuestas a la actora en aplicación del principio objetivo o del vencimiento, al haberse desestimado en su integridad el recurso de apelación interpuesto. No obstante, en el supuesto enjuiciado, la negativa injustificada a la exhibición del contrato de seguro se considera como motivo que justifica el pronunciamiento de no efectuar expresa imposición de costas, pues plantea un supuesto de serias dudas de hecho y de derecho. Del mismo modo la controversia existente sobre las cláusulas IRPH tras el dictado de la STJUE de 3 de marzo de 2.020, cuando el Tribunal Supremo no se ha pronunciado todavía al respecto, implica una situación de serias dudas de derecho.

En aplicación de la misma norma, no procede efectuar expresa imposición de las costas relativas al recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, al haberse estimado el mismo en su integridad.

**FALLAMOS**

**1) DESESTIMAR el RECURSO DE APELACION** interpuesto por el Procurador D. Juan Manuel Marqués Bagur, en nombre y representación de D. Balbino; y **ESTIMAR IDÉNTICO RECURSO** interpuesto por vía de impugnación por el Procurador D. Ricardo Esquella Duque de Estrada, en nombre y representación de la entidad Targobank SA, ambos contra la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2.018, dictada por la Ilma Sra. Magistrado Juez el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ciutadella, en los autos Juicio ordinario, de los que trae causa el presente Rollo .

**2) Debemos revocar la sentencia de instancia en dos aspectos:**

A) Se declara la validez de la comisión de apertura, y se absuelve a la parte demandada de la petición de declaración de nulidad y reintegro de su importe.

B) El importe del principal de los gastos notariales y de gestoría fijados en la sentencia de instancia se reducen en un 50%. Se confirman los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia.

**3) No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada.**

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.