

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00500/2019

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) XXX

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.2 de EIVISSA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000003 /2018

Recurrente: UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS SA- ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO

Procurador: ANA LOPEZ WOODCOCK Abogado: ELENA VALERO GALAZ

Recurrido:

Procurador: MARIA TUR ESCANDELL

SENTENCIA N°500

Ilmos. Sres. Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D.SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

Dª COVADONGA SOLA RUIZ

En Palma de Mallorca a 11 de julio de 2019

Vistos por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ibiza, bajo el número 3/18, Rollo de Sala número 393/19, entre partes, de una, como demandada apelante UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A., ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO representada por el Procurador de los Tribunales DOÑA ANA LÓPEZ WOODCOCK y asistida del Letrado DOÑA SILVIA BLANCO GONZÁLEZ y, de otra, como demandante apelado XXXXXXXXXXXXXXXX, representado por el Procurador de los Tribunales DOÑA MARIA TUR ESCADENLL y asistida del Letrado DON JOSÉ MARÍA ERAUSKIN VÁZQUEZ.

ES PONENTE la Magistrada D^a COVADONGA SOLA RUIZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ibiza en fecha 14 de enero de 2019 se dictó Sentencia, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: “Que estimando parcialmente las pretensiones deducidas a instancia de xxxxxxxx como parte demandante, contra la entidad UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A., ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO, como parte demandada:

1. Debo declarar y declaro la nulidad de las cláusulas que establecen la **comisión de apertura** contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de 28 de febrero de 2.006 y en la póliza de contrato de préstamo de 28 de febrero de 2.006, condenando a la demandada a reintegrar a la parte actora las cantidades que se hubieran abonado en aplicación de las citadas cláusulas, más el interés legal devengado desde la fecha en que se abonaron tales gastos.
2. Debo declarar y declaro la nulidad de las cláusulas quinta contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de 28 de febrero de 2.006 y en la póliza de contrato de préstamo de 28 de febrero de 2.006, en la que se imputan al prestatario **todos los gastos** e impuestos derivados del préstamo, condenando a la entidad demandada a reembolsar a la parte demandante la cantidad de 312,11 euros por gastos de Notaría; la cantidad de 73,71 euros por gastos de Registro de la Propiedad; la cantidad de 143,85 euros por gastos de Gestoría y la cantidad de 7.357,66 euros por los gastos del **seguro de crédito**, más el interés legal devengado desde la fecha en que se abonaron tales gastos.
3. Debo declarar y declaro la nulidad de las cláusulas que regulan la **resolución anticipada** por impago de una cuota contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de 28 de febrero de 2.006 y en la póliza de contrato de préstamo de 28 de febrero de 2.006.
4. Debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula duodécima de la escritura de préstamo hipotecario de 28 de febrero de 2.006, que regula la **cesión de crédito**.
5. Debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula decimotercera, referida a “**Segundas copias y subsanaciones**”, contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 28 de febrero de 2.006 y de la cláusula octava, referida a “Segundas Copias”, contenida en la póliza de contrato de préstamo de 28 de febrero de 2.006.

No se imponen las costas a ninguna de las partes”

SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación y seguido el mismo por sus trámites se celebró deliberación y votación el día 10 de julio 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

PRIMERO.- Con la demanda que dio inicio a las presentes actuaciones se interesa por la actora se declara la nulidad de las cláusulas contenidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 28 de febrero de 2006 y en la póliza de préstamo de la misma fecha, en concreto:

1.- Respecto a la escritura de préstamo con garantía hipotecaria: la cláusula cuarta relativa a la comisión de apertura; la cláusula quinta, relativa a gastos a cargo del prestatario; la cláusula 6.B, relativa al vencimiento anticipado; la cláusula 12, relativa a la cesión de crédito; y la cláusula 13, relativa a la autorización de expedición de segundas copias y/o escrituras de subsanación o aclaración.

2.- Respecto a la póliza de préstamo: la cláusula cuarta relativa a la comisión de apertura; la cláusula quinta, relativa a gastos a cargo del prestatario; la cláusula 6B, relativa al vencimiento anticipado; y la cláusula octava, relativa a la expedición de segundas copias.

Y que, como consecuencia de dicha declaración de nulidad, se condene a la demandada a reintegrarle:

- 1) las cantidades abonadas en concepto de comisión de apertura.
- 2) el 50% de los importes abonados por gastos de tasación y de gestoría, aranceles notariales y de registro y del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.
- 3) las cantidades abonadas por el seguro de crédito o subsidiariamente la parte proporcional correspondientes a los años restantes hasta la conclusión de los contratos.

Todo ello, con más los intereses legales hasta su efectivo pago y con expresa condena en costas a la parte demandada.

Opuesta la demandada a dichas pretensiones, la sentencia de instancia, estimando parcialmente la demanda, declara la nulidad, por abusivas, de las cláusulas impugnadas y condena a la parte demandada a que restituya al actor:

- 1) Las cantidades que se hubiera abonado en concepto de comisión de apertura

- 2) La cantidad de 312,11.- euros por gastos de Notaría, la cantidad de 73,71.- euros por gastos de Registro, la cantidad de 143,85.- euros por gastos de gestoría y la cantidad de 7.357,66.- euros por gastos del seguro de crédito.
- 3) Todo ello con más el interés legal devengado desde la fecha en que se abonaron tales gastos y sin expresa condena en costas.

Contra dicha resolución se alza la parte demandada, reproduciendo como motivos de impugnación, y en parte, los mismos argumentos esgrimidos en su escrito de contestación a la demanda, y que por lo que resulta relevante en esta alzada, pueden resumirse en los siguientes:

1.- Que las cláusulas relativas al cobro de la comisión de apertura, son válidas por ser una figura legalmente admitida y lícita, introducida en el contrato de forma clara y transparente, constituyendo una contraprestación a los servicios asociados a la concesión del préstamo.

2.- En cuanto a las cláusulas relativas a gastos a cargo del prestatario, considera que es válida al haber sido objeto de negociación expresa entre la partes y exponer con claridad los gastos que correrían a cargo del prestatario y no impone gastos que legalmente correspondan al empresario o que se correspondan con servicios no solicitados por el consumidor, por lo que en modo alguna vulnera la exigencias de los artículos 80 y ss del TRLCU; más en concreto, y por lo que se refiere al seguro de crédito, considerara que su finalidad es garantizar al asegurado de los daños patrimoniales que derivan de la insolvencia definitiva de sus deudores y que trae causa del mayor riesgo que asume la entidad al financiera un importe que puede resultar hasta un 20% superior al valor del bien hipotecado, según la tasación efectuada y cuya suscripción se busca, como alternativa a la exigencia a los prestatarios a constituir avales complementarios, siendo que en el caso el actor no gozaba de estabilidad financiera suficiente, por lo que la contratación del seguro no resulta injustificada ni desproporcionada.

Subsidiariamente, de mantenerse la declaración de nulidad de la referida cláusula, resulta improcedente la condena a la restitución de los gastos abonados bien porque los hubiera abonado igualmente el actor por aplicación de la normativa imperativa aplicable o bien porque no existe posibilidad de una restitución recíproca, dado que los pagos se efectuaron a favor de terceros ajenos a la presente litis. Y, en cualquier caso, el importe a restituir por gastos de seguro debe quedar fijado en 3.678,83.- euros, por ser el único importe cuyo abono ha resultado acreditado.

3.- Respecto a las cláusulas relativas al vencimiento anticipado, considera que las consecuencias que se derivan de dicha declaración de nulidad, debería ser la sustitución de su contenido por lo previsto en el derecho nacional, en concreto por lo dispuesto en el artículo 693.2 de la LEC, dado que de lo contrario, al ser una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato ante la imposibilidad de acudir a la ejecución hipotecaria, el deudor perdería la prerrogativa que tiene reconocida en orden a la posibilidad de liberar el bien hasta el día de la subasta

4.- Por último, respecto a la cláusula 12 de la escritura de préstamo, sobre cesión de crédito, considera que es válida al no mermar ninguna de las garantías que los prestatarios tienen como consumidores, pues no hace más gravosa su obligación y la posibilidad de renuncia a la notificación de la cesión es una previsión admitida por el legislador (art. 242 RH).

La parte actora oponiéndose al recurso de apelación, interesa la íntegra confirmación de la resolución recurrida y con expresa imposición de costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos del debate y comenzando por el análisis de la viabilidad de la pretensión de la nulidad, por abusiva, de las cláusulas relativas al cobro de una comisión de apertura, si bien este tribunal venía declarando su nulidad, con fundamento a que aunque su estipulación y cobro venga amparada por la normativa bancaria, se hacía preciso que respondiesen a un servicio efectivo al cliente, hemos de modificar dicho criterio a raíz de la reciente STS de Pleno de 23 de enero de 2019 (num. 44/2019) en la que al respecto en su Fundamento de Derecho Tercero refiere:

1.- Para resolver la cuestión planteada en estos motivos del recurso, es preciso exponer los principales argumentos en los que la sentencia de la Audiencia Provincial funda la declaración de que la cláusula que establece la comisión de apertura es abusiva. Son argumentos que, en lo sustancial, se contienen en la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales que consideran abusiva esta cláusula y su contradicción con la línea mantenida por otras Audiencias Provinciales justifica el interés casacional del recurso.

2.- La Audiencia Provincial, en su sentencia, examinó la normativa que regula la transparencia bancaria en las operaciones con los clientes y concluyó que «no existe duda sobre la legalidad de dicha comisión [de apertura] y de la posibilidad de repercutir [en los clientes] dichos gastos, claro está siempre que estos existan y se acrediten». Tras lo cual, afirmó que las actuaciones en las que la entidad bancaria pretende justificar el cobro de dicha comisión no justifican el cobro de dicha comisión porque se trata de actividades internas de la entidad bancaria, inherentes al negocio bancario, que no proporcionan servicio alguno al cliente y que por tanto no cabe su retribución.

3.- La sentencia de la Audiencia Provincial añade que, aunque el art. 87.5 TRLCU permite que el empresario facture al consumidor los costes no repercutidos en el precio, dicho coste debe repercutirse proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente prestado, pues si no se da tal proporcionalidad, se incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 TRLCU. Tal proporcionalidad no estaría probada en este caso.

Para la Audiencia, la retribución de la entidad bancaria radica exclusivamente en el interés que devenga el capital prestado y no existe justificación para que el prestamista sea retribuido al margen de dicho interés, con la comisión de apertura. La existencia de una normativa bancaria que regula la comisión de apertura no sería óbice para la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ni de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios «en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan solo regula su transparencia y límites».

4.- Concluye la Audiencia Provincial con esta afirmación:

«En definitiva, dado que la referida comisión de apertura no se percibe como correspondiente a servicio o gasto real y efectivo alguno y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del préstamo) se conoce ni acreditó su proporcionalidad, debe declararse su nulidad».

5.- Expuestos los razonamientos de la sentencia recurrida, procede examinar la normativa sectorial aplicable.

La regulación de la comisión de apertura en la normativa sobre transparencia bancaria estaba contenida, en el momento en que el contrato de préstamo fue concertado (13 de diciembre de 2005), en las normas que a continuación se exponen.

6.- 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, establecía en su art. 5:

«Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente.

» No obstante, las Entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo.

» En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos».

7.- La Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, modificó lo dispuesto en anteriores circulares del Banco de España para adaptarse a lo previsto en la citada orden. En la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, el apartado 1-bis-b de la norma tercera estableció:

«En los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refiere el artículo 1 de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios [...], la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo». La Circular 8/1990 regulaba también cómo debía calcularse la tasa anual equivalente (TAE) y se establecía:

«En el cálculo del coste efectivo se incluirán las comisiones y demás gastos que el cliente esté obligado a pagar a la entidad como contraprestación por el crédito recibido o los servicios inherentes al mismo».

Una previsión similar se incluyó posteriormente en la Circular 5/2012, de 27 de junio.

8.- La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en el apartado 4 de su anexo II, estableció la siguiente regulación sobre las comisiones:

«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».

9.- Hecha esta exposición de los razonamientos de la Audiencia Provincial y de la normativa sectorial aplicable, el motivo del recurso debe ser estimado por las razones que a continuación exponemos.

No es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, según la cual solamente el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del préstamo. Tal como expone la recurrente, 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.

10.- 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. La tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario.

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.

12.- La normativa posterior a la concesión del préstamo objeto de este litigio, que ha supuesto un progreso en la protección del cliente bancario, ha previsto también la existencia y licitud de esa comisión de apertura.

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, contiene una regulación de la comisión de apertura en términos prácticamente idénticos a los de la Circular 8/1990.

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, prevé:

«En el apartado «Otros componentes de la TAE» se enumerarán todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración, y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales».

13.- La argumentación de la sentencia recurrida, según la cual

«no existe duda sobre la legalidad de dicha comisión» de apertura para, a continuación, sin que concurren circunstancias excepcionales, afirmar que la misma es abusiva, resulta contradictoria.

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.

14.- 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.

15.- El hecho de que esas actuaciones iniciales sean «inherentes» a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo, no impide que esta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo el interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el art. 87.5 TRLCU.

16.- No debe olvidarse que la normativa que regula esta materia configura la comisión de apertura como aquella que se cobra por actuaciones «inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito». Así lo hacía la norma tercera, apartado 1-bis-1.º, de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, y así lo hace la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

Sería incompatible con esta previsión normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura porque con la misma se retribuyen actuaciones «inherentes al negocio bancario» que no proporcionan al cliente servicio alguno distinto de la propia concesión del préstamo.

17.- En este sentido, lleva razón la sentencia del Juzgado de Primera Instancia cuando afirma que «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».

Así resulta de la redacción del anexo II, apartado 4, de la Orden de 5 de mayo de 1994 y del apartado 1-bis-b de la norma tercera de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción dada por la Circular 5/1994, de 22 de julio, que distinguen entre la comisión de apertura (respecto de la que solamente prevén, en los términos empleados por la última de las normas citadas, «que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo») y «las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos» (respecto de las que exige que «deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo»). Esta regulación ha pasado, en estos mismos términos, al art. 5.2.b de la vigente Ley 2/2009.

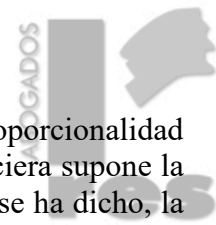
Por tanto, el principio de «realidad del servicio remunerado» no exige, en el caso de la comisión de apertura, nada distinto de la propia concesión del préstamo.

18.- Otro argumento que la Audiencia Provincial expone para declarar la abusividad de la comisión de apertura es que no se ha probado que se hayan prestado los servicios que se retribuyen.

Este argumento no se considera correcto por varias razones.

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.



19.- 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.

20.- 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.

21.- 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.

22.- La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo (como era el caso de la «comisión de riesgo» objeto de la citada sentencia del TJUE de 26 febrero de 2015) sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo que entra de lleno en la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE.

23.- Que algunas entidades financieras hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han preferido limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero no configura como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo.

24.- Lo anteriormente expuesto lleva a que estos dos motivos deban ser estimados y el pronunciamiento que declara la abusividad de la comisión de apertura, y condena al banco a restituir su importe, debe ser revocado”

TERCERO.- Entrando ahora en el análisis del control de abusividad de la cláusula quinta, relativa a gastos a cargo de la prestataria, vaya por delante que este Tribunal no puede sino compartir por acertados la totalidad de los razonamientos que se contienen en la resolución recurrida y que han llevado al juzgador de instancia a declarar la nulidad, por abusiva, de la misma; razonamientos, además, se ajustan al criterio que ha venido manteniendo este mismo Tribunal, al analizar el contenido de cláusulas similares a las que son objeto del presente procedimiento, señalando que lo primero que llama la atención es su redacción abierta y con vocación omnicomprendensiva, que evidencia su falta de proporcionalidad y de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que por sí sólo es motivo suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resultando por tanto correcta su declaración de nulidad, siendo de plena aplicación al caso, la doctrina recogida en la STS de 15 de marzo de 2018, citada en la instancia y que a fin de evitar innecesarias reiteraciones damos aquí por reproducida.

Respecto a las consecuencias que se derivan de dicha declaración de nulidad, venimos asumiendo como propios los razonamientos que al efecto se contienen en la SAP de Asturias de 2 de junio de 2017, en la que tras analizar la diferencia entre la acción enjuiciada por el TS en la precitada sentencia, que no es otra que la acción colectiva de cesación, en la que prima ese control abstracto o formal de la misma, y la que al igual que en el presente, lo que se analiza no es sólo dicho control en abstracto, sino también las consecuencias de la declaración de nulidad en forma de restitución de todas las prestaciones por el predisponente en aplicación de la misma, refiere “en relación a esta obligación de reintegro, habrá de estarse en cada caso respecto al concreto gasto cuyo reintegro se pretende, a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportarlo, como si esta estipulación no existiera, de modo que la nulidad, solo alcanzará al contenido del pacto que pueda modificar el régimen de atribución que el derecho positivo haga de cada gasto, lo que obliga a abordar el enjuiciamiento de la abusividad, no desde la estricta literalidad de la cláusula, considerada en abstracto o de forma teórica sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso, de forma que el reintegro de gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran a cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida de gastos que a la misma correspondían; de hecho la sentencia de 23 de diciembre de 2015 del Pleno del TS ordena la cesación en el uso de dicha cláusula por la atribución indiscriminada al consumidor de cuantos gastos comporte el negocio en cuestión, pero por el contrario razona abiertamente que al menos una parte de ellos han de ser de cargo del prestatario, de manera que en relación a estos no puede decirse que la cláusula sea abusiva”.

Lo hasta ahora expuesto debe completarse con los razonamientos que se contienen en las recientes SSTS de Pleno de 23 de enero de 2019 y que en orden a la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por los consumidores por aplicación de una cláusula que, como las de autos, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación refieren:

“1.- El art. 83 TRLCU prohíbe la denominada reducción conservadora de la validez, o integración del contrato. Ahora bien, según su propio tenor, el contrato seguirá subsistente si puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva.

Como ya hemos indicado antes, cuando hablamos de gastos de la operación no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista, como intereses o comisiones, sino de pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestación, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados tributos. Y la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

2.- Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el art. 83 TRLGCU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (rectius, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar a ella de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016:

«34. [...]la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

Hemos dicho en la sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

3.- La sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Pero sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

4.- Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta».

Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC)».

A continuación, al analizar quien es el obligado a pagar cada uno de los gastos refieren:

“QUINTO.- Gastos notariales.-

1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos – préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone: «La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las 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».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria, a un interés generalmente inferior al que obtendría en un préstamo sin dicha garantía.

Es decir, como la normativa notarial 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.

2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

SEXTO.- Gastos de registro de la propiedad

1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1º, que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

SÉPTIMO.- Gastos de gestoría

1.- 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 propio banco o por el propio 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 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”.

En el caso concreto, no es objeto de impugnación por la parte demandada, la condena de los importes a restituir por gastos de Notario, registro y gestoría, que además se ajustan a los criterios fijados en aquellas resoluciones, sino tan sólo, la validez del apartado relativo a gastos del seguro de crédito y, en su caso, la obligación de restituir su importe al actor y en qué cuantía.

Al respecto, señalar que como ya se indica en la propia resolución recurrida, con cita a resoluciones dictadas por este mismo Tribunal, la nulidad de dicha estipulación viene motivada por el hecho de que no existe constancia en autos de dicho contrato de seguro, lo que impide conocer no sólo las condiciones contractuales del mismo, sino igualmente si se facilitó al actor una información adecuada sobre las mismas, de hecho en la propia escritura únicamente se define tal contrato de seguro de modo genérico (“seguro de crédito contratado por UCI a cargo del cliente como garantía complementaria ... y que tiene como finalidad, garantizar a UCI el mayor riesgo asumido en dichas operaciones..”); junto a ello, pese a que la prima única del mismo se abona a la fecha de la contratación, esto es, con carácter anticipado y en su totalidad, tampoco ha sido posible conocer si dicho seguro se llegó finalmente a concertar por la demandada.

Es más, ni tan siquiera se constata en el caso las razones que se apuntan por la demandada en orden a la necesidad de concertar dicho seguro (mayor riesgo asumido por la entidad al financiar un importe superior al 80% del valor de tasación) pues aun tomando en consideración el importe total de ambos préstamos (168.000.- euros), al haber sido tasado el inmueble dado en garantía en 251.596,80.- euros, es evidente que no se supera dicho porcentaje.

Ello, no obstante, dado que, de la prueba documental practicada, en especial, las provisiones de fondos realizadas por el actor, tan sólo acreditan el pago de la prima única relativa a préstamo con garantía hipotecaria (3.678,83.- euros), procede en este extremo estimar el recurso y condenar a la demandada a restituir únicamente dicho importe.

Para finalizar, con este apartado, insistir en que no podemos compartir que el banco no viene obligado a restituir el importe de aquellos gastos indebidamente repercutidos a la actora, por el simple hecho de que no fue él quien percibió su importe, sino terceros ajenos al contrato, pues como igualmente se indica en aquellas SSTTS de Pleno de 23 de enero de 2019 “aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor (art. 6.1 de la

Directiva), se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente, dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de los que le correspondía”.

CUARTO.- Por lo que se refiere a la nulidad de las cláusulas relativas al vencimiento anticipado, ante cualquier impago de alguna de las cuotas de interés o de amortización pactadas, dado que no se cuestiona su declaración de nulidad, sino tan solo las consecuencias que se anudan a la misma en la resolución recurrida, baste para la desestimación de las alegaciones que al respecto efectúa la recurrente, traer a colación el criterio fijado por este Tribunal, por todas y por citar la más reciente, Sentencia de 18 de junio de 2019, en la que señalamos:

“En cuanto a la validez o nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, en su apartado 73, alude a criterios para decidir la cuestión en los siguientes términos: “73. En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.”

Dicha doctrina se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 1/2013, con modificación de la redacción del artículo 693.2 LEC, exigiendo el impago de al menos tres mensualidades para que pueda instarse la ejecución hipotecaria.

La STS de 23 de diciembre de 2015 considera abusiva una cláusula que faculta la resolución por el incumplimiento de un solo plazo de amortización, en lo más relevante, en los siguientes términos:

1.- En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor «pierde» el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC, siempre y cuando se haya pactado expresamente.

En términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en

contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (Sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009, entre otras).

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

4.- Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, cuando dice que "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo"; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir "(l) a Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» - en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".....

En parecido sentido se pronuncia la STS de 16 de febrero de 2.016:

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

Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita.

Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).” La STJUE de 26 de enero de 2017 establece criterios para apreciar una posible abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, en los siguientes términos:

“El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Este examen debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.

- Por lo que se refiere a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo. La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional.

72 Asimismo, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores -los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales-, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como resulta de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 68, y de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30).

73 Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13, no publicado, EU:C:2015:397, apartados 50 y 54).”

En el mismo sentido, el auto TJUE 11 de junio de 2.015, refiere:

“(A) fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica”

“En este sentido, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

Conforme a dicha doctrina jurisprudencial, se exige que dicho control de abusividad se realice en abstracto de acuerdo con la redacción de la cláusula en el préstamo hipotecario, y no en función de la entidad del incumplimiento del deudor.

A modo de resumen, y tal como se recoge en la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 2.017, cabe considerar que “sin perjuicio que a priori el acreedor, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, está facultado a reclamar la totalidad de lo adeudado antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo (arts. 1129 y 1124 del Código Civil), y que, por tanto una cláusula que prevé el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, no es abusiva per se, sí que lo puede ser atendiendo a aquéllos supuestos en que no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, por no vincularse a parámetros cuantitativa o temporalmente graves, que es lo que acontece en el caso”.

En esta fecha, el Tribunal Supremo en auto del Pleno de 8 de febrero de 2.017 tiene planteada una cuestión prejudicial sobre esta cláusula, la cual pide acumularse a otras planteadas por otros tribunales españoles con las siguientes preguntas, en interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

“1.º- ¿ Debe interpretarse el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de

validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad? 2.º- ¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13/CEE, para una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?.” Conforme a la cláusula antes indicada el incumplimiento de un solo plazo de amortización es suficiente para facultar a la entidad bancaria al vencimiento anticipado, sin necesidad de valorar si el incumplimiento es esencial o no. La sanción de resolución anticipada de todo el préstamo hipotecario ante cualquier incumplimiento del prestatario, sin ningún grado de proporcionalidad entre dicha facultad y el incumplimiento, provoca un desequilibrio grave entre los derechos de las partes en beneficio del prestamista, con una consecuente falta de proporcionalidad entre la sanción y el incumplimiento en un préstamo hipotecario cuya duración inicialmente prevista en cuanto a su amortización es de 36 años, esto es, respecto a un contrato destinado a perdurar durante 36 años por el solo hecho de que el consumidor deje de abonar una sola mensualidad. Asimismo, desde la perspectiva de la subsidiariedad, no se contempla una opción proporcionada para el caso de un incumplimiento no esencial, sino tan solo la resolución anticipada ante el menor incumplimiento de una mensualidad. Esta cláusula es incardinable en el artículo 87 TRLGDCU por falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe y en perjuicio del consumidor, y, por tanto, abusiva. No compartimos las argumentaciones de la parte apelante, y si bien es controvertido el hecho de si la nulidad de tal cláusula puede perjudicar al consumidor, por inaplicación del artículo 693 LEC en una reclamación por procedimiento ordinario, y en este sentido se recoge en la petición de cuestión prejudicial del Tribunal Supremo antes transcrita, en el caso que nos ocupa, los consumidores debidamente asesorados por Abogado han considerado conveniente a sus intereses la reclamación de la nulidad de esta cláusula, con lo cual los demandantes, reiteramos, previamente asesorados, han decidido en el caso concreto lo que les es más conveniente”.

QUINTO.- Por último, procede igualmente confirmar el pronunciamiento de instancia sobre la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula 12ª contenida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, sobre cesión de crédito, sin necesidad de notificación a la parte prestataria, pues como ya argumentamos en Sentencia de 18 de enero de 2018, existen distintas posturas entre las Audiencias en orden a si dicha renuncia a la notificación de la cesión constituye o no un perjuicio para el prestatario consumidor y así y a modo de ejemplo la SAP de Valencia de 6 de abril de 2016, SAP Barcelona de 9 de noviembre de 2017 y SAP de Granada de 21 de septiembre de 2017, consideran que la renuncia a la notificación de la cesión del crédito no es inocua para el consumidor, desde el momento en que constituye un derecho del deudor, y como tal la imposición de cualquier renuncia o limitación de dicho derecho implica que se considere abusiva al amparo de lo que establece el artículo 86.7 TRLGDCU; otro sector, SAP Zaragoza de 4 de octubre de 2017, SAP Madrid de 30 de septiembre de 2016, consideran que no lleva aparejada ningún efecto perjudicial, pues será en definitiva el conocimiento de la previa cesión y no su renuncia a conocerla lo que, en definitiva, no libere al deudor cedido que paga a quien no es su deudor.

Este Tribunal se decanta por la primera de las posturas expuestas por entender que dicha polémica ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de septiembre de 2009, que si bien sostiene que la cláusula en aquel litigio analizada se refiere la cesión del contrato y no a la cesión del crédito, también añade, que aún en el caso de considerarse una cesión de crédito “La cláusula no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los arts 1112, 1528 y 1878 CC y 149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión del contrato, el consentimiento del deudor cedido... Lo que resulta, sin oscuridad, de la cláusula y que explica su consignación, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación “contra proferentem” (art. 1258 CC) es que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts 1527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil.

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

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

SEXTO.- En consonancia con todo lo expuesto, no cabe sino estimar parcialmente el recurso de apelación y revocar, también parcialmente, la resolución de instancia, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales devengadas en esta alzada de conformidad con lo dispuesto en el artículos 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SÉPTIMO.- Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de

noviembre, en su apartado 8, se acuerda la devolución de la totalidad del depósito constituido para recurrir a la parte apelante.

En atención a lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca,

FALLAMOS

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales DOÑA ANA LÓPEZ WOODCOCK, en representación de UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO, contra la Sentencia de fecha 14 de enero de 2019, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ibiza, en los autos de Juicio Ordinario número 3/18, de que dimana el presente Rollo de Sala, REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha resolución en el sentido de:

1.- Declarar la validez de la cláusula Cuarta, apartado a) de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 28 de febrero de 2006, así como la cláusula Cuarta, apartado a) de la póliza de préstamo de igual fecha, relativas a la **comisión de apertura**, y en consecuencia, la demandada no viene obligada a devolver a la parte actora la cantidad de 2.293,20.- euros y 646,80.- euros, abonadas por aplicación de la mismas.

2.- Que como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula 5 de dicha escritura y póliza de préstamo, la demandada solo viene obligada a **restituir al actor por gastos de seguro de crédito, la suma de 3.678,83.- euros.**

Se confirman el resto de los pronunciamientos que se contienen en la resolución recurrida.

No se hace expresa imposición sobre las costas procesales devengadas en esta alzada.

Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir a la parte apelante.

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

Información sobre recursos.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal por el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- es el órgano competente para conocer de ambos recursos –si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.
- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección quinta de la Audiencia Provincial nº 0501, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

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

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