



Roj: **SAP O 630/2021 - ECLI:ES:APO:2021:630**

Id Cendoj: **33044370012021100133**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **03/03/2021**

Nº de Recurso: **671/2020**

Nº de Resolución: **119/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL JUAN COVIAN REGALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Oviedo, núm. 6, 18-09-2020 (proc. 424/2020),
SAP O 630/2021**

AUD.PROVINCIAL SECCION PRIMERA

OVIEDO

SENTENCIA: 00119/2021

Modelo: N10250

C/ COMANDANTE CABALLERO 3 - 3ª PLANTA 33005 OVIEDO

-

Teléfono: 985968730-29-28 **Fax:** 985968731

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JCG

N.I.G. 33044 42 1 2020 0003106

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000671 /2020

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000424 /2020

Recurrente: Esperanza , Vicente

Procurador: MARIA DEL CARMEN SANCHEZ MARTINEZ-JUNQUERA, MARIA DEL CARMEN SANCHEZ MARTINEZ-JUNQUERA

Abogado: NATALIA FERNANDEZ GARCIA, NATALIA FERNANDEZ GARCIA

Recurrido: CAJA LABORAL POPULAR SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO- LABORAL KUTXA-

Procurador: JORGE MANUEL SOMIEDO TUYA

Abogado: MARIO FRESNO QUEVEDO

SENTENCIA nº 119/21

RECURSO APELACION 671/20

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO SOTO-JOVE FERNANDEZ

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro

Ilmo. Sr. D. MIGUEL JUAN COVIAN REGALES

Oviedo, a tres de marzo de dos mil veintiuno.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 424 /2020, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION (LECN) 0000671 /2020, en los que aparece como parte apelante Esperanza y Vicente , representados por la Procuradora MARIA DEL CARMEN SANCHEZ MARTINEZ-JUNQUERA, asistidos por la Abogada NATALIA FERNANDEZ GARCIA, y como parte apelada CAJA LABORAL POPULAR SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO- LABORAL KUTXA-, representada por el Procurador JORGE MANUEL SOMIEDO TUYA, asistida por el Abogado MARIO FRESNO QUEVEDO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MIGUEL JUAN COVIAN REGALES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 18 de septiembre de 2020 en los autos referidos con cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora Doña. Mar Moro Zapico, en la representación que tiene encomendada, se absuelve a la demandada de los pedimentos interesados en su contra.

Las costas se imponen a la parte actora."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación y previos los traslados ordenados la parte apelada formuló escrito de oposición, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 3 de marzo de 2021.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Miguel Juan Covian Regales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento se inicia mediante la interposición de demanda por la representación de don Vicente y doña Esperanza frente a CAJA LABORAL POPULAR, COOPERATIVA DE CRÉDITO, solicitando se declare la nulidad de la cláusula cuarta (comisiones), en el apartado relativo a la "compensación por riesgo de tipo de interés", inserta en la escritura de préstamo hipotecario objeto de litigio y formalizada entre las partes de fecha 24 de julio de 2015, y se condene a la demandada a devolver a los demandantes la cantidad abonada por tal concepto, 4.817,76 euros, más intereses. Se transcribe dicha cláusula y se señala, en definitiva, que la parte demandante no fue informada de la misma antes de formalizar el contrato ni al consultar con carácter previo el coste de la posible cancelación del préstamo, considerando la cláusula abusiva y, en consecuencia nula, procediendo la declaración de tal nulidad y restitución de lo abonado por tal concepto.

La parte demandada, al contestar, se opone a la pretensión articulada por la actora, afirmando que fue informada de la existencia de la cláusula, tanto al momento de la firma como de la cancelación, y que la cláusula litigiosa supera los controles de inclusión y transparencia, encontrándose redactada en términos estrictamente similares a la norma que la regula.

La sentencia recaída en la instancia desestima la demanda, con imposición de costas. Se señala en la resolución que, a los escasos cuatro años de la formalización del préstamo, los actores decidieron cancelarlo, quebrando con ese actuar las legítimas expectativas de ganancia de la entidad demandada, sin que la cláusula pueda considerarse abusiva y/o desproporcionada por destinarse a paliar tal pérdida económica, no pudiendo hablarse de falta de transparencia y/o incorporación.

Frente a dicho pronunciamiento, se interpone recurso de apelación por la parte demandante, alegando, resumidamente expresado: de un lado, error en la valoración de la prueba al no haber sido informada la parte demandante de la cláusula impugnada ni antes de la formalización del contrato ni al de la cancelación; y, de otro, que la cláusula no supera los controles de inclusión y de transparencia; por último, se interesa la no imposición de costas, atendidas las dudas de derecho que le cuestión presenta.

Se opone al recurso la entidad demandada, insistiendo sustancialmente en los términos de su contestación: que los prestatarios fueron informados sobre la existencia de la cláusula tanto al momento de la firma como de la cancelación; y que la cláusula supera los controles de incorporación y transparencia. Con base en ello, se solicita se desestime el recurso y se confirme la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Así delimitado, en necesaria síntesis, el objeto de este recurso, por lo que se refiere al contenido de la cláusula impugnada nos remitimos a la propia escritura que se aporta (documento 2 de la demanda), sin perjuicio de lo que pasa a destacarse. Establece la cláusula litigiosa, dentro de la cláusula cuarta ("COMISIONES") y bajo la denominación de "compensación por riesgo de tipo de interés", que *"en los supuestos de amortización o cancelación subrogatoria o no subrogatoria del préstamo total o parcial, Laboral Kutxa tendrá derecho a percibir una compensación por riesgo de tipo de interés equivalente al 2,50% del capital pendiente en el momento de la cancelación, siempre que dicha cancelación genere un pérdida de capital para Laboral Kutxa. En todo caso la compensación no podrá exceder del importe de la pérdida generada"*. A continuación la cláusula se refiere, extensamente: a lo que ha de entenderse por pérdida de capital por exposición al riesgo de tipo de interés (diferencia negativa entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo); a la forma en que se calcula el valor de mercado; diferencial aplicable y tipo aplicable.

Es cierto que la denominada "compensación por riesgo de tipo de interés" es objeto de regulación legal, como ponen de manifiesto las partes.

El artículo 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, bajo el título "Compensación por riesgo de tipo de interés", dispone: " 1. *En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de créditos o préstamos hipotecarios que se produzcan dentro de un periodo de revisión de tipos de interés cuya duración pactada sea igual o inferior a doce meses no habrá derecho a percibir por la entidad acreedora cantidad alguna en concepto de compensación por riesgo de tipo de interés.*

2. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de los restantes créditos o préstamos hipotecarios, la compensación por riesgo de tipo de interés será la pactada y dependerá de si la cancelación genera una ganancia o una pérdida de capital a la entidad. Se entenderá por ganancia de capital por exposición al riesgo de tipo de interés la diferencia positiva entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito. Cuando dicha diferencia arroje un resultado negativo, se entenderá que existe pérdida de capital para la entidad acreedora.

El valor de mercado del préstamo o crédito se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión. El contrato de préstamo especificará el índice o tipo de interés de referencia que se empleará para calcular el valor de mercado de entre los que determine el Ministro de Economía y Hacienda.

En caso de cancelación parcial se le aplicará al resultado de la fórmula anterior el porcentaje del capital pendiente que se amortiza.

3. La entidad acreedora no podrá percibir compensación por riesgo de tipo de interés en el caso de que la cancelación del crédito o préstamo genere una ganancia de capital a su favor.

4. El contrato deberá especificar cuál de las dos modalidades siguientes para el cálculo de la compensación por riesgo de tipo de interés será aplicable:

Un porcentaje fijo establecido en el contrato, que deberá aplicarse sobre el capital pendiente en el momento de la cancelación.

La pérdida, total o parcial, que la cancelación genere a la entidad, calculada de acuerdo al apartado 2. En este caso, el contrato deberá prever que la entidad compense al prestatario de forma simétrica en caso de que la cancelación genere una ganancia de capital para la entidad".

El propio Preámbulo de la ley, en su punto V, se refiere a la compensación que nos ocupa en los siguientes términos: " Uno de los objetivos de la presente Ley es alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado. En la actualidad existe una regulación sobre la comisión de amortización anticipada en caso de subrogación del préstamo hipotecario que, al no estar ligada directamente al perjuicio económico que sufre la entidad de crédito cuando se produce dicha subrogación, discrimina artificialmente entre las diferentes estructuras de tipos de interés posibles en un préstamo hipotecario. Desde la perspectiva del objetivo de protección a los clientes el régimen actual también

resulta insatisfactorio, pues permite que estos tengan que abonar una comisión a la entidad prestataria incluso cuando la amortización es beneficiosa para esta última.

Esta Ley cambia, en primer lugar, la denominación de la comisión por amortización anticipada por la de compensación al ser esta más acorde con su naturaleza. En segundo lugar, se divide esta compensación por amortización anticipada entre la compensación que se hace a la entidad por desistir de un contrato y generarle una pérdida por los costes de originación del préstamo, y la compensación por el riesgo de tipo de interés de la entidad cuando se amortiza anticipadamente en coyunturas de bajadas en los tipos de interés. Se introducen dos elementos para que esta segunda compensación guarde relación con la pérdida económica real para la entidad. El primero es el establecimiento de una base de cálculo que refleje de manera más precisa la exposición al riesgo de la entidad. El segundo es la prohibición del cobro de la compensación en aquellos casos en que la amortización genera una ganancia de capital para la entidad prestataria, no teniendo por tanto una motivación económica.

Este nuevo régimen de compensación por amortización anticipada sustituye al anterior de comisión para los préstamos hipotecarios concertados a partir de la entrada en vigor de esta Ley, de modo que en ningún contrato podrá cobrarse por ambos conceptos".

A su vez, la orden EHA/2899/2011, vigente al tiempo de formalización del contrato litigioso, establece en su artículo 28 los "índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipos de interés" y la Circular del Banco de España 5/2012, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, en su norma decimoquinta desarrolla los índices o tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios.

Al margen de la regulación legal, también el informe de Criterios del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del año 2013 del Banco de España se refiere a la comisión objeto de litis del siguiente modo: "En este punto, procede señalar que el artículo 9 de la Ley 41/2007 contempla que las entidades puedan cobrar la compensación por riesgo de tipo de interés, siempre que esté expresamente pactada, se genere pérdida de capital para la entidad acreedora, y hasta el límite de aquella. Se define, igualmente, en dicho precepto, la pérdida como la diferencia negativa entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito, estableciéndose el modo en que estos parámetros se determinan.

El DCMR entiende que una actuación diligente de la entidad acreedora, acorde con los criterios de buenas prácticas bancarias, debe permitirle estar en **condiciones** de, por un lado, acreditar haber informado a su cliente con carácter previo a la cancelación de su coste; y, por otro lado, para poder percibir dicha compensación en el momento de la cancelación definitiva, acreditar también que existe una pérdida de capital igual o mayor que el importe de la compensación adeudada. Dicha acreditación deberá realizarse, según indica la norma, mediante la comparación entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito, aportando también los cálculos realizados al efecto, de manera que pueda verificarse su bondad.

Del mismo modo, si se cuestionara haber informado de la existencia de dicha compensación previamente al otorgamiento de la escritura de préstamo, con criterios de buenas prácticas bancarias, es exigible acreditar su información previa por parte de la entidad, bien mediante la oferta vinculante suscrita por las partes con anterioridad a la fecha de formalización del préstamo, si la entidad estaba obligada a emitirla, bien con cualquier otro documento suscrito por la parte prestataria con igual antelación".

Teniendo en cuenta todo cuanto ha quedado expuesto, debe examinarse si en el concreto supuesto de autos cabe entender que la cláusula impugnada, de cuya naturaleza de **condición general** de la **contratación** y licitud no cabe dudar, supera el control de incorporación y puede ser considerada abusiva. Pues bien, no obstante considerar dudosa la cuestión que se plantea, en atención a las razones que pasan a expresarse, se inclina esta Sala por considerar que tal control no se supera y, a su vez, que la cláusula resulta abusiva:

1º.- En primer lugar, se constata que, pese a lo que afirma la parte demandada, a quien incumbe la carga de la prueba, no hay prueba alguna de información precontractual ofrecida a la parte prestataria sobre la existencia de esta compensación en caso de cancelación del préstamo. No se aporta oferta vinculante, ni se alega su existencia, ni ningún otro documento suscrito por la parte prestataria con la suficiente antelación sobre la "comisión" que nos ocupa. Y, la información ofrecida al tiempo de la formalización por el Notario, única a que se refiere la demandada, no suple la necesaria información precontractual, según reitera la jurisprudencia.

2º.- En segundo lugar, a la luz de la prueba practicada (documentos 3 a 6 aportados con la demanda), tampoco se acredita que la parte prestataria fuera informada sobre la existencia de la compensación con carácter previo a la cancelación del préstamo. Por el contrario, tal "comisión" no figura en la consulta que se realiza por los

prestatarios el día 4 de diciembre de 2019 (documento 3) y tampoco, incluso, en la solicitud de reembolso del total anticipado del día 17 de diciembre (documento 5), en las que sí figura la comisión de "compensación por desistimiento" (del 0,50%), procediéndose a cargar su importe en esta misma fecha, de modo coetáneo a la cancelación.

3º.- En tercer lugar, por lo que se refiere al cálculo de la pérdida de capital sufrida por la entidad bancaria, sin cuestionar su corrección, cabe señalar que se certifica casi un mes después de la cancelación y el cargo (el 16 de enero de 2020) y no puede dudarse de su opacidad (a falta de cualquier explicación al respecto), hasta el punto de que la pérdida que se refleja en tal certificado es incluso superior a la compensación cargada a la prestataria (documento 7 de la demanda). No es posible con la prueba practicada verificar la corrección del cálculo realizado.

4º.- Finalmente, el porcentaje que se aplica, del 2,50% del capital pendiente en el momento de cancelación, aunque no pueda exceder de la pérdida de capital, se considera desproporcionado, teniendo en cuenta que se suma al importe de la comisión por desistimiento (del 0,50%) y, tomando con carácter orientador como referencia, los límites establecidos en la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que, además de una rigurosa información sobre las **condiciones** para el caso de reembolso anticipado, serían para el supuesto que nos ocupa del 0,15% (artículo 23.5 de la ley citada). En definitiva, el concreto porcentaje se considera desproporcionado Y, por otra parte, también ha de tenerse en cuenta la falta de reciprocidad de la cláusula, que no se establece de forma simétrica para el prestatario en el caso de que se genere una ganancia de capital para la entidad.

En el sentido que aquí se deja expresado, considerando abusiva la cláusula litigiosa, pueden citarse la SAP de Madrid, sección 28ª, 106/2019, de 1 de marzo, o SAP Barcelona, sección 14ª, 8/2017, de 11 de enero. No obstante, esta jurisprudencia no es uniforme, así, en sentido contrario, atendiendo fundamentalmente a la legalidad de la cláusula, las que cita la demandada, SAP de Tarragona, sección 1ª, 310/2016, de 4 de julio, o SAP de Sevilla, sección 5ª, 88/2016, de 25 de febrero.

En suma, de conformidad con lo expuesto, se inclina esta Sala por considerar que en el supuesto de autos la cláusula impugnada no supera el control de incorporación y ha de ser considerada abusiva, por lo que procede su declaración de nulidad y, como efecto de la misma, acordar la restitución de la cantidad abonada por el concepto que contempla (4.817,76 euros), más los intereses legales devengados desde la fecha de pago. En consecuencia, es procedente estimar el recurso y acordar la estimación de la demanda.

TERCERO.- La estimación del recurso conlleva la estimación de la demanda, por lo que resulta de aplicación lo previsto en el artículo 394.1 LEC, con imposición de costas a la parte demandada. Por lo demás, con base en lo expresado en la STJUE de 16 de julio de 2020 y SSTs 472/2020, de 17 de septiembre, y 510/2020, de 6 de octubre -doctrina reiterada por otras posteriores-, la aplicación de la excepción al principio de vencimiento objetivo por la concurrencia de serias dudas de derecho (artículo 394.1 LEC) hace imposible o dificulta en exceso la efectividad del derecho de la UE, por lo que no cabe considerar tal posibilidad.

En relación a las costas de esta alzada, atendida la estimación del recurso, no procede condena en costas a ninguno de los litigantes, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de **general** y pertinente aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

FALLO

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Vicente y DOÑA Esperanza contra la sentencia de fecha 18 de septiembre de 2020 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Oviedo, en autos de procedimiento ordinario número 424/2020, que se revoca. En su lugar, se acuerda estimar la demanda interpuesta por la representación de DON Vicente y DOÑA Esperanza contra CAJA LABORAL POPULAR, COOPERATIVA DE CRÉDITO, declarando la nulidad de la cláusula cuarta ("COMISIONES"), en su apartado relativo a la "compensación por riesgo de tipo de interés", condenándola a su eliminación y a restituir a la parte demandada en la cantidad de 4.817,76 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de pago de tal comisión, con imposición de las costas de la instancia a la parte demandada, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de este recurso.

Estimándose el recurso, procédase a la devolución del depósito efectuado (D.A. 15ª.8 LOPJ).

MODO DE IMPUGNACION.- Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el Art. 466 de la LEC, serán susceptibles de los Recursos de Infracción

Esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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