



Roj: **SAP M 15001/2016 - ECLI: ES:APM:2016:15001**

Id Cendoj: **28079370282016100277**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **28/10/2016**

Nº de Recurso: **610/2014**

Nº de Resolución: **358/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

251658240

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0186323

ROLLO DE APELACIÓN Nº 610/2014 .

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 461/2013.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid.

Parte recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procuradora: D^a María José Bueno Ramírez

Letrado: D. Jesús Pérez de la Cruz Oña

Parte recurrida: D. Borja y D^a Socorro

Procuradora: D^a Mónica Pucci Rey

Letrado: D. Francisco Javier Valderrama Mansilla

SENTENCIA nº 358/2016

En Madrid, a veintiocho de octubre de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 461/2013 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Nueve de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandada la Sentencia que dictó el Juzgado el día dos de junio de dos mil catorce.

Han comparecido en esta alzada los demandantes, D. Borja y D^a Socorro , representados por la Procuradora de los Tribunales D^a Mónica Pucci Rey y asistidos del Letrado D. Francisco Javier Valderrama Mansilla, así como la demandada, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a María José Bueno Ramírez y asistida del Letrado D. Jesús Pérez de la Cruz Oña.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación de D. Borja y Dña Socorro contra Banco Popular Español, S.A., con las representaciones que obran en el encabezamiento de esta resolución, debo declarar y declaro la nulidad de la condición general de la contratación que consta en la cláusula 3.3 del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 3 de agosto del 2010, cuyo tenor literal establece: "no obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato, a partir de la primera revisión, será del 5,00 por ciento anual" En consecuencia, debo condenar y condeno a Banco popular español S.A. a eliminar dicha cláusula nula del contrato de préstamo hipotecario, y todo ello con imposición de las costas a la parte demandada".

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día veintisiete de octubre de dos mil dieciséis.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. D. Borja y Dña Socorro interpusieron demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español, S.A. por la que solicitaban la declaración de nulidad de la cláusula por la que se establece un límite a la variación del tipo de interés aplicable contenida en la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes en fecha 3 de agosto de 2010.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resultó estimatoria de la pretensión.

Considera dicha resolución que la cláusula fue impuesta por la entidad bancaria. Señala al respecto que el empleado de la entidad bancaria propuesto como testigo no formó parte de la negociación y que los actores se encontraban en una muy grave situación económica y debían refinanciar su deuda de lo que puede deducirse que no estaban en posición de negociar cuando ya tenían descubiertos con el Banco y la firma del préstamo hipotecario era su única salida.

Añade que el hecho de que la escritura estuviese a disposición de los actores en la Notaría no implica que la cláusula fuese negociada por los prestatarios.

En relación al doble control de transparencia que debe ser efectuado señala la sentencia que además del control de cumplimiento de lo dispuesto en la OM 5-5- 1994 en relación a la incorporación es preciso efectuar un segundo control. A tal efecto examina la cláusula en cuestión y el apartado en el que dicha cláusula se inserta, bajo el título "intereses" y concluye que la cláusula resulta imperceptible para el consumidor. Añade que no hubo información relativa al contenido de la cláusula o fue deficiente dado que no se informó sobre el comportamiento previsible de los mercados ni sobre el coste comparativo. Añade que no es determinante al respecto el que los actores hubiesen suscrito con anterioridad préstamos hipotecarios, que no fueron además objeto de conocimiento en la presente litis.

SEGUNDO. Frente a la citada sentencia interpone recurso de apelación Banco Popular, S.A.

Se sustenta el recurso en el error en la valoración de la prueba, considerando que la sentencia aplica de forma automática las referencias a las que acudió la STS de 9 de mayo de 2013 .

No podemos aceptar dicha premisa en cuanto la sentencia recurrida, como puede apreciarse de su lectura, contrasta los criterios jurisprudenciales con el caso concreto y con la prueba practicada en las actuaciones e incluso con el objeto de dichas actuaciones.

Considera el recurso que la cláusula suelo no se encuentra ubicada entre otras cláusulas que pudieran haber llevado a confusión a la parte actora y añade que se cumplieron con las exigencias del Anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994. Según la recurrente la cláusula es clara y sencilla, su redacción no reviste complejidad y su epígrafe de encuentra en negrita y en mayúscula y tiene un tratamiento autónomo y diferenciado. Añade que el contenido material de la oferta vinculante afecta también al control de transparencia.

El recurso mezcla aspectos relacionados con el control de incorporación con el control de transparencia en sentido estricto, que es el que la sentencia recurrida considera que no se supera en este caso.

Así STJUE de 23 de abril de 2015, Van Hove , asunto C-96/14 , expresamente se refiere a lo que debe entenderse por «redacción clara y comprensible», señalando lo siguiente (40):



El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de precisar que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 **no puede reducirse sólo al carácter comprensible de aquéllas en un plano formal y gramatical**. Por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, **esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva** (véanse, en este sentido, las sentencias Kásler y Káslerné Rábai [TJCE 2014, 105], C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y Matei [JUR 2015, 71847], C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 73). (énfasis añadido)

En la citada sentencia, el Tribunal de Justicia, en relación a la interpretación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 añade que el órgano jurisdiccional debe constatar:

- por otra parte, que **la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él**. (énfasis añadido)

El Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, entre otras, establece que el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Y destaca la distinción entre el filtro de incorporación y el control de transparencia (211):

" En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato."

La sentencia recurrida establece que los demandantes se encontraban en una situación económica muy grave, ya tenían descubiertos con el Banco y la firma del préstamo hipotecario era su única salida. Y el propio recurso afirma que se solicitó la refinanciación en el mes de agosto de 2010, "cuando el Euribor ya llevaba un par de años en mínimos históricos".

En dicha situación es evidente que los prestatarios no conocían la carga económica que representaba suscribir una cláusula por la que se establecía un tipo de interés mínimo del cinco por ciento.

Ese porcentaje resulta tan elevado que convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo, por otra parte en inmejorables condiciones para el Banco (atendiendo a la propia situación que describe el recurso en el momento de la firma).

Por ello también es relevante que la cláusula se inserte en el conjunto de la estipulación tercera, que contempla un préstamo a interés variable entre un conjunto de previsiones de diverso tipo (hasta ocho apartados), en donde todas incluyen epígrafes en negrita (no en mayúscula), lo que únicamente refleja un formato uniforme. Alguno de esos epígrafes, como señala la sentencia recurrida comprende hasta ocho subapartados. Por ello la STS de 8 de septiembre de 2014 lo que aprecia es el contexto en el que se inserta la cláusula, sin que deba confundirse dicho contexto con el formato del texto y con el hecho de que los epígrafes o la cifra del límite se redacten en negrita. Y en relación a la oferta vinculante precisamente la citada sentencia destacaba dicho contexto:

Al respecto, la respuesta debe ser también negativa pues el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un "tipo mínimo anual", queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia excluida al "tipo de interés variable" (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de



interés mínimo en el momento de la contratación; criterios, todos ellos, tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013 .

Ya la STS de 9 de mayo de 2013 (212) se refería al contexto en el que se introduce la cláusula:

No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

De este modo, en nuestra sentencia de 26 de julio de 2013 , al analizar una cláusula del Banco Popular Español, S.A. que incluso establecía un límite inferior (del cuatro cincuenta por ciento) decíamos lo siguiente:

Se trata de una condición general que, aunque su redacción sea ciertamente clara, está enmarcada en el contexto de una pluralidad de epígrafes subsiguientes al de la estipulación de un interés variable, en el que se inserta esta mención, de modo que prevalece la apariencia de que el tipo sería nominalmente variable al alza y a la baja cuando, en realidad, exclusivamente lo sería hacia arriba, pues hay una limitación que merced a ese tope inferior lo convertiría en fijo, por debajo, a favor del banco.

Además resulta relevante la fijación de un mínimo de significativa cuantía (4,50%), lo que puede además convertir en meramente teórica la posibilidad de variaciones a la baja del tipo de interés.

Se encuentra además ubicada en el condicionado general entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención sobre la misma del consumidor.

La cláusula recibe asimismo un tratamiento impropiaamente secundario de modo que el consumidor no percibirá su verdadera relevancia

La cláusula no supera, por lo tanto, el control de transparencia y ello conlleva su nulidad.

Reiteramos que un tipo mínimo tan elevado como el que se contempla en la cláusula que aquí nos ocupa convierte en meramente teórica la posibilidad de variaciones a la baja, más teniendo en cuenta la situación del mercado que el propio recurso describe. Este aspecto resulta especialmente relevante para distorsionar la comprensibilidad real de las consecuencias que comporta la aplicación de la cláusula.

Sobre este aspecto la STS de 9 de mayo de 2013 señalaba lo siguiente:

217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.

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

Y en relación a la aplicación de un tipo de interés que realmente se convierte en fijo, más adelante añade (256):

Es necesario que [el consumidor] esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

El hecho de que la cláusula citada no se acompañe de un límite máximo o techo no excluye la apreciación de falta de transparencia en el sentido expuesto. Ya la citada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , analizó un conjunto de circunstancias en relación a la posible apreciación de falta de transparencia y el Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013 destacó su carácter ejemplificativo a los efectos de analizar este presupuesto sin que la concurrencia de cualquier circunstancia resulte determinante de la falta de transparencia, para lo cual será necesario examinar su relevancia, del mismo modo que la ausencia de cualquiera de las expuestas no implica que la cláusula supere el control de transparencia.

Añade el recurso aspectos propios del control de incorporación en sus referencias a la OM de 5 de mayo de 1994 o a la oferta vinculante, que en absoluto permite afirmar que su presencia sirva para considerar superado el control de transparencia.



Como señaló la STS de 8 de septiembre de 2014 el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial no excluye la naturaleza de condición general de la cláusula predispuesta ni excluye que el control de transparencia deba ser contrastado (FJ Segundo).

Se refiere el recurso a la refinanciación de la deuda de los actores, de modo que ya conocían lo que les suponía en términos económicos la inclusión en el nuevo préstamo de la cláusula suelo.

El recurso desenfoca por completo el análisis pertinente. Por un lado, la existencia de préstamos anteriores no implica que las cláusulas de dichos contratos superasen el control de transparencia. Por otro, el conocimiento de la cláusula no supone que supere el control de transparencia en sentido estricto, lo que debe examinarse atendiendo a las circunstancias en las que se suscribe el préstamo que es objeto de las actuaciones.

Igualmente viene a mezclar conceptos el argumento de que se presume que los clientes conocen las condiciones de los préstamos. El conocimiento de la existencia de la cláusula no implica que se supere el control de transparencia.

Visto lo expuesto, el recurso debe ser desestimado.

TERCERO. Las costas de esta alzada deben ser impuestas a la parte recurrente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC .

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Nueve de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la parte apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ .

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación de concurrir interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ . De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.