



Roj: **SAP MU 1989/2020 - ECLI:ES:APMU:2020:1989**

Id Cendoj: **30030370042020100866**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **22/10/2020**

Nº de Recurso: **1411/2019**

Nº de Resolución: **879/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARLOS MORENO MILLAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

MURCIA

SENTENCIA: 00879/2020

Modelo: N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 **Fax:** 968 229278

Correo electrónico:

Equipo/usuario: AFM

N.I.G. 30030 42 1 2018 0018444

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001411 /2019

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de MURCIA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0002258 /2018

Recurrente: BANKIA SA

Procurador: JOSE CECILIO CASTILLO GONZALEZ

Abogado: MARIA YOLANDA LOPEZ-CASERO DE LA TORRE

Recurrido: Victoriano , Belen

Procurador: LUIS FELIPE FERNANDEZ DE SIMON BERMEJO, LUIS FELIPE FERNANDEZ DE SIMON BERMEJO

Abogado: JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN, JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN

Rollo Apelación Civil nº : 1411/19

Ilmos. Sres.

Don Carlos Moreno Millán

Presidente

Don Juan Martínez Pérez

Don Juan Antonio Jover Coy

Magistrados

SENTENCIA Nº 879



En la ciudad de Murcia, a veintidós de octubre de dos mil veinte.

Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de procedimiento ordinario que con el número 2258/18 se han tramitado en el Juzgado Civil nº 16 de Murcia entre las partes, como actora y apelada, Don Victoriano y Doña Belen representados por el Procuradora Sr. Fernández de Simón Bermejo y dirigidos por el Letrado Sr. Pérez Gómez-Morán; y como parte demandada y apelante la entidad de crédito "Bankia" S.A., representada por el Procurador Sr. Castillo González y dirigida por la Letrada Sra. López- Casero de la Torre. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Carlos Moreno Millán que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Civil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 17 mayo 2019 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: **FALLO:** *"Que estimando la demanda formulada por D/DOÑA Victoriano Y D/DOÑA Belen , representado/a por el/la procurador/a don/doña Luis Felipe Fernández de Simón Bermejo, contra " BAKIA SA", representada por el/la procurador/a don/doña Cecilio Castillo González:*

1. Declaro la nulidad de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula limitativa del tipo de interés remuneratorio variable (cláusula suelo) que figura inserta en el contrato de préstamo concertado por las partes el 31 de julio de 2003 formalizado en escritura otorgada en la misma fecha ante la fe del notario don Miguel Cuevas de Aldasoro, con número 3.595 de su protocolo, modificado el 24 de noviembre de 2004, 17 de febrero de 2006, 30 de mayo de 2011 y 30 de abril de 2013 mediante escrituras otorgadas en las indicadas fechas ante la fe del notario don Miguel Trapote Rodríguez, con número de protocolo 2259, 350, 531 y 426, respectivamente, y el 30 de diciembre de 2015 mediante documento privado fechado en Cartagena (Murcia), al establecer un límite en las revisiones del tipo de interés nominal pactado consistentes en un mínimo del 4,50% (suelo) y, en su consecuencia, condeno a la demandada a que recalculé y rehaga el cuadro de amortización del préstamo a interés variable concertado por las partes según lo expresamente pactado sin incluirla y abone o restituya a la parte actora las cantidades que ha pagado indebidamente como consecuencia de su aplicación más el interés legal del dinero de cada una de las cantidades indebidamente pagadas por los demandantes desde la fecha de cada uno de los pagos hasta la fecha de la presente resolución y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la presente resolución hasta su completo pago. "

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada que lo basó en infracción procesal, así como infracción normativa del TRLGDCU y de la LCGC, y de la doctrina del retraso desleal y de los actos propios y del pronunciamiento sobre costas. Se dio traslado a la otra parte que se opuso al recurso.

TERCERO.- Previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 1411/19, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 21 octubre 2020.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia estima en su integridad la acción individual de condiciones generales de la contratación ejercitada por la parte actora Don Victoriano y Doña Belen contra la entidad demandada "Banco Mare Nostrum" S.A. (hoy "Bankia" S.A.) tendente a que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés nominal aplicable (cláusula suelo) inserta en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria suscrita por las partes con fecha 30 abril 2013 y modificada por otra de 30 diciembre 2015 y que se tenga por o puesta y se condene a dicha demandada al reintegro de las cantidades indebidamente pagadas por aplicación de la citada cláusula, intereses legales y costas.

La referida sentencia estima la demanda íntegramente. Por un lado, declara la nulidad por abusivas de la cláusula suelo y su novación, insertas en las mencionadas escrituras públicas y por otro lado, condena a la entidad de crédito a que recalculé y rehaga el cuadro de amortización sin la presencia de dicha cláusula y reintegre a la parte actora las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de la citada cláusula, intereses legales y costas.

La aludida entidad de crédito demandada muestra su disconformidad con la referida sentencia con fundamento en los siguientes motivos de apelación: (i) falta de legitimación pasiva de la demandada con respecto a la escritura pública de 20 diciembre 2016; (ii) falta de legitimación activa de los demandantes con



respecto a dicha escritura pública; (iii) validez del acuerdo privado de 30 diciembre 2015 por el que se suprime la cláusula suelo; (iv) infracción de los artículos 82.2 del TRLGDCU y artículo 1 LCGC dada la negociación de la cláusula; (v) negociación individual de la misma con exclusión de su abusividad e inaplicación de la legislación de consumidores y usuarios; (vi) superación del doble control de transparencia; (vii) infracción de la doctrina de los actos propios y del retraso desleal y (viii) pronunciamiento sobre costas.

SEGUNDO.- Concretada en los indicados términos las cuestiones impugnatorias suscitadas en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de todo lo actuado en los presentes autos que solo asiste razón a la parte recurrente en la pretensión relativa a la validez del acuerdo privado de 30 de diciembre 2015 con las matizaciones que se harán constar, por lo que procede, como seguidamente se argumentará; la revocación de la sentencia de instancia con respecto a dicho pronunciamiento.

Así y con respecto en primer lugar a las alegadas faltas de legitimación activa y pasiva "ad causam" de las partes litigantes en relación con la escritura pública de 20 diciembre 2016, procede su desestimación con fundamento en los acertados argumentos contenidos en la sentencia de instancia. En efecto dicha escritura pública resulta ajena a estos autos al responder a la intervención de prestatarios y de entidad de crédito prestamista distintos a los litigantes. Se trata de un error en la aportación de los correspondientes documentos, posteriormente corregido y aclarado a tenor de los documentos incorporados por la entidad de crédito y que en modo alguno había generado indefensión a las partes, las cuales por tanto se encuentran adecuadamente legitimadas "ad causam", la actora para el ejercicio de la acción de nulidad planteada y la demandada como destinataria de la referida acción individual de condiciones generales de la contratación.

Procede su desestimación.

TERCERO.- Distinta suerte debemos atribuir al siguiente motivo de apelación relativo a la alegada validez del acuerdo privado de 30 diciembre 2015 por el que se elimina la cláusula suelo. Se alega en el recurso que la suscripción de ese acuerdo implica un previo conocimiento por la parte prestataria de la existencia de la cláusula suelo, así como de su funcionamiento y consecuencias jurídicas.

Sin embargo, discrepamos de tal pretensión.

El citado pacto en lo que afecta a la cuestión planteada es del siguiente tenor literal: "MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES FINANCIERAS DEL PRÉSTAMO"

" Las partes aquí comparecientes, acuerdan suprimir con fecha de efectos del día de la última liquidación de intereses practicada y hasta el vencimiento del Préstamo, el Tipo de Interés Fijo Mínimo o cláusula suelo aplicable al Préstamo, por lo que el tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo será el que resulte de la revisión de conformidad con la periodicidad y sistemas establecidos en la escritura de préstamo y con el resto de modificaciones, en su caso, acordadas en este contrato, reiterando en cualquier caso que el Tipo de Interés Fijo Mínimo o cláusula suelo aplicado hasta la fecha fue aceptada por el Prestatario con el pleno conocimiento de su existencia y que recibió toda la información previa necesaria para adoptar la decisión de contratar el referido préstamo con la misma". (...)

Hemos de tener en cuenta, como señala la jurisprudencia, y así lo hemos declarado en precedentes sentencias en casos similares, que no son determinantes de ese pretendido conocimiento por el prestatario del funcionamiento de la cláusula suelo, los hechos posteriores, como la rebaja en el tipo de interés del préstamo, cuando se apercibieron de que el tipo de su interés de su préstamo no bajaba de determinado porcentaje pese a que los índices de referencia seguían bajando (STS 5 de abril de 2018)

Además estas consideraciones son también aplicables en el caso de novaciones del préstamo hipotecario como efectivamente acontece en este caso.

Así, la reciente STS de 26 de junio de 2018 casa la sentencia de la AP que argumentaba que parecía... " *difícil que pasara desapercibida o que no se comprendiera, cuando fue uno de los pocos puntos del préstamo hipotecario en el que se subrogaron los actores expresamente objeto de novación, lo que parece indicar una negociación específica al respecto*".

Ello sin embargo no lo considera bastante el Alto Tribunal y declara:...

" *pues no consta acreditado que en la novación modificativa del préstamo hipotecario suscrito, la entidad bancaria llevara a cabo ese plus de información y tratamiento principal de la cláusula suelo que permitiera a los clientes adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba dicha cláusula. Control de transparencia que, como ha declarado reiteradas veces esta sala, entre otras STS 593/2017, de 7 de noviembre , no puede ser reconducido al mero control de incorporación de la cláusula predispuesta.*"

Reitera con ello el TS la tesis apuntada en la sentencia de 15 de junio de 2018 en la que destaca la trascendencia de la información precontractual y los efectos del déficit informativo afirmando... " *pues en ningún momento de las fases contractuales que llevaron a la realización del referido contrato de préstamo hipotecario y a su posterior novación modificativa la entidad bancaria llevó a cabo ese plus de información y tratamiento principal de la cláusula suelo que permitiera a la cliente adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba dicha cláusula*".

Además la STJUE de 9 julio 2020 también se pronuncia en el sentido de que cabe considerar no negociada individualmente... " *una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos*".

En definitiva, declaramos la validez de tal acuerdo sólo en reducir sus efectos a lo que es su verdadero y transparente objeto: la eliminación de la cláusula suelo desde la fecha convenida.

CUARTO.- Por otro lado, debemos desestimar los siguientes motivos de apelación relativos a la negociación de la citada cláusula, así como a la superación por la misma del correspondiente doble control de transparencia.

La parte recurrente fundamenta dicha pretensión en la negociación individualizada de la misma, así como en el suministro de información bastante a la parte prestataria acerca de su funcionamiento. Se alega la superación del correspondiente doble control de transparencia.

Sin embargo, este Tribunal no comparte dicha pretensión.

Como hemos declarado en precedentes sentencias, en el análisis de este motivo de apelación tomamos como punto de partida las recientes SSTs de 29 de enero de 2018 (reiterada en la de 23 de marzo) y 5 de abril y 22 de mayo de 2018, conforme a las cuales podemos sistematizar la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia en la cláusula suelo en los términos siguientes :

1º) el control de transparencia tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, de manera que cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente.

2º) en cuanto a su finalidad y razón de ser, tal y como lo afirma la sentencia 171/2017, de 9 de marzo:

«La ratio de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados.

[...]Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó».

3º) Que la condición general en la que se contiene la cláusula suelo sea clara, concreta y sencilla es relevante para que la misma pueda considerarse incorporada al contrato, pero no basta para considerar que la condición general sea transparente, en el sentido que a este requisito da la jurisprudencia del TJUE y el Tribunal Supremo (STS 5 de abril 2018)

4º) la importancia fundamental para el consumidor de la información precontractual con la antelación mínima suficiente. Señala la citada jurisprudencia :

"Esta información precontractual es especialmente relevante en este tipo de contratos en que la escritura de préstamo hipotecario se otorga por el prestatario al mismo tiempo en que firma la escritura de compra del inmueble, cuyo pago es objeto de financiación. De tal forma que, aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para buscar otro tipo de financiación, con la misma o con otra entidad, sin frustrar la compra concertada para ese día. Es por ello que la información precontractual cumple una función tan relevante.

[...]Bastaba que se acreditara que la información contenida en la cláusula «TERCERA bis» le había sido comunicada y explicada a la prestataria con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura, para que hubiera decidido optar por esa concreta financiación con conocimiento del efecto que sobre el precio del préstamo podía operar la limitación del interés variable por debajo."

Como ya anticipaba la STS 8 de junio de 2017:

[...] que la intervención del notario, al final del proceso no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada, pues si lo hace, no podría pagar el precio de aquello que acaba de comprar y para cuyo pago precisa la suma del préstamo (STS de 24 de marzo de 2015)

Información que debe ser comunicada y explicada al prestatario con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura, "... que es algo más que poner a disposición de los prestatarios el borrador de la escritura pública de préstamo hipotecario" (STS 29 de enero de 2018).

Ideas que reitera la STS de 22 de mayo de 2018 al decir que:

"la mera lectura por el notario de la escritura pública y, en su caso, el acceso de los prestatarios a la minuta de dicha escritura, dentro de los tres días previos a su firma, no colman por sí solos los especiales deberes de transparencia que incumben al predisponente "(remarcado añadido)

5º) la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos su cumplimiento (STS 464/2013, de 8 de septiembre, y 367/2017, de 8 de junio, que puntualiza lo dicho en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo)

6º) el solo cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa administrativa bancaria (Orden de 5 de mayo de 1994, después ampliadas sus exigencias informativas por la Orden de 28 de octubre de 2011) no es bastante por sí sola para afirmar que la cláusula es transparente (STS 9 de mayo de 2013 y STS de 23 de diciembre de 2015).

En la sentencia 241/2013, de 9 de mayo se declaraba ya que

"[...] la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato [...] 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».

La sentencia del TJUE de 9 julio 2020 con respecto a la exigencia de transparencia en estos contratos de cláusula suelo declara que..." *deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula suelo, en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés.*"

Entendemos a tenor de lo expuesto que en este caso ninguna prueba relevante se ha aportado por la entidad recurrente que permita fundamentar de forma clara y precisa que los consumidores habían recibido puntual información sobre el funcionamiento de la cláusula y que por tanto estuviesen debidamente informados y en condiciones de advertir y percatarse de la carga jurídica y económica que implicaba el juego de la cláusula como reiteran las STS 9 mayo 2013 y 12 junio 2017. Obsérvese que ni siquiera consta que la entidad bancaria efectuara simulaciones de escenarios diferentes que permitieran a la parte prestataria conocer el funcionamiento y comportamiento de la cláusula suelo con la finalidad de obtener así una información puntual sobre los riesgos que comporta.

Es evidente en consecuencia, como así hemos declarado en precedentes sentencias sobre casos similares, que dicha cláusula no supera ese imprescindible doble control de transparencia, lo que determina la declaración de su abusividad porque en definitiva ha sido impuesta por la entidad predisponente, es contraria a la buena fe y esencialmente genera en perjuicio de los consumidores un importante y relevante desequilibrio de los derechos y obligaciones asumidos contractualmente.

Procede la desestimación de este motivo de apelación.

QUINTO.- Procede también la desestimación del siguiente motivo de apelación relativo a la infracción de la doctrina de los actos propios y del retraso desleal.

En relación con la primera, la entidad recurrente fundamenta dicha pretensión en el comportamiento contradictorio de la parte prestataria que conocedora de las circunstancias de la contratación, con referencia al acuerdo privado antes comentado, presenta en el juzgado la reclamación objeto de estos autos.



Sin embargo discrepamos de tal planteamiento. Y ello con fundamento en los argumentos antes expuestos con respecto a las consecuencias derivadas de dicho acuerdo privado meramente modificativo de las condiciones financieras del préstamo, pero no determinante del pleno conocimiento por el prestatario de la carga económica y jurídica que comportaba dicha cláusula, sobre todo cuando no consta que la entidad bancaria llevara a cabo ese necesario plus de información.

Por otro lado y con respecto a la doctrina del retraso desleal porque dicha alegación se realiza por primera vez en esta fase de apelación con infracción del principio "in appellatione nihil innovetur".

Procede su desestimación.

SEXTO.- Por último también procede desestimar el motivo de apelación referido a la disconformidad de la parte recurrente con el pronunciamiento sobre costas.

La entidad recurrente considera que la demanda habría de desestimarse, lo que conllevaría la imposición a la parte actora de las costas de la instancia. En otro caso procedería una estimación parcial de la demanda con aplicación de lo dispuesto en el artículo 394.2 LEC. Se alega también que en todo caso cabría aplicar el artículo 394.1 LEC dada la existencia de serias dudas jurídicas derivadas de los acuerdos de novación mediante los que se elimina o reduce la cláusula suelo. Se hace mención a la STS (Pleno) de 11 abril 2018.

Sin embargo entendemos que ninguna de estas pretensiones pueden encontrar acogida por este Tribunal.

Téngase en cuenta que en este caso la demanda ha sido estimada de manera sustancial. Existe por tanto un "cuasi vencimiento" equiparable en materia de costas al vencimiento total y en consecuencia se impone la aplicación del artículo 394 LEC, con desestimación de las alegadas serias dudas de derecho. Y ello se afirma así porque esas pretendidas dudas jurídicas, como expone la citada STS de 11 abril 2018, se refiere a aquellos supuestos de transacción y no de novaciones en los que se realizan concesiones recíprocas por las partes, la eliminación de la cláusula suelo por la entidad bancaria y la renuncia por el prestatario al ejercicio de cualquier acción derivada de la formalización del acuerdo. Como decimos en este caso no existe transacción alguna, sino sólo una novación o modificación de las condiciones financieras del préstamo, sin renuncia alguna.

Procede por tanto, la desestimación de este motivo de apelación y por tanto la estimación parcial del presente recurso.

SÉPTIMO.- Dicha estimación parcial del recurso determina que no se efectúe declaración sobre las costas causadas en esta alzada (art. 398.2 LEC)

Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Castillo González en representación de la entidad de crédito demandada "Banco Mare Nostrum" S.A (hoy "Bankia" S.A.) contra la sentencia dictada por el Juzgado Civil nº 16 de Murcia en el procedimiento ordinario 2258/18 debemos **REVOCAR** la misma únicamente en el pronunciamiento que declara la nulidad del acuerdo privado contenido en la escritura pública de 30 diciembre 2015 que queda sin efecto y se dicta otro en su lugar declarando la validez del mismo solo con respecto a la eliminación de la cláusula suelo desde la fecha convenida con **CONFIRMACIÓN** de los demás pronunciamientos de dicha sentencia, sin efectuar declaración sobre las costas causadas en esta alzada.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir al ser estimado el recurso.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artº. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que contra ésta cabe interponer los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en los términos del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artº. 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, previo depósito de la cantidad de 50 €, en el plazo de veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala (BANESTO, en la cuenta de este expediente 3107), debiendo acreditar el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1, 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009 y, en su momento, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

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