



Roj: **SAP SG 30/2020 - ECLI:ES:APSG:2020:30**

Id Cendoj: **40194370012020100030**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Segovia**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2020**

Nº de Recurso: **401/2019**

Nº de Resolución: **9/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO PANDO ECHEVARRIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**SEGOVIA**

**SENTENCIA: 00009/2020**

Modelo: N10250

C/ SAN AGUSTIN Nº 26 DE SEGOVIA

-

**Teléfono:** 921 463243 / 463245 **Fax:** 921 463254

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: EQC

**N.I.G.** 40185 41 1 2018 0000343

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000401 /2019**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de SANTA MARIA LA REAL DE NIEVA

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000311 /2018

Recurrente: ARRIAGA ASOCIADOS ASESORAMIENTO JURIDICO Y ECONOMICO SL

Procurador: MARIA DEL CARMEN LOPEZ GARCIA

Abogado: NAHIKARI LARREA IZAGUIRRE

Recurrido: Borja

Procurador: CAROLINA SEGOVIA HERRERO

Abogado: EVA MARÍA MOLINA CASQUETE

**SENTENCIA Nº 09 / 2020**

**CIVIL**

**Recurso de apelación**

**Número 401 Año 2019**

**Juicio Ordinario Nº 311/2018**

**Juzgado de 1ª Instancia de**

**SANTA MARÍA LA REAL DE NIEVA**

En la Ciudad de Segovia, a veintiuno de enero de dos mil veinte.



La Audiencia Provincial de esta capital, integrada por los Ilmos. Sres. D. Ignacio Pando Echevarria, Pdte.; D. Jesús Marina Reig y D. Francisco Salinero Román, Magistrados, ha visto en grado de apelación los autos de las anotaciones al margen seguidos a instancia de D. Borja ; contra **ARRIAGA ASOCIADOS ASESORAMIENTOS JURIDICO Y CONÓMICO S.L.** sobre juicio ordinario, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia, recurso en el que han intervenido como apelante, el demandado, representado por la Procuradora Sra. López García y defendido por la Letrada Sra. Larrea Izaguirre y como apelado, el demandante, representado por la Procuradora Sra. Segovia Herrero y defendido por la Letrado Sra. Molina Casquete y en el que ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia de Santa María la Real de Nieva, con fecha catorce de mayo de dos mil diecinueve, fue dictada Sentencia, que en su parte dispositiva literalmente dice : "**FALLO:**

**SEGUNDO.-** Notificada que fue la anterior resolución a las partes, por la representación procesal del demandado, se interpuso en tiempo y forma, recurso de apelación, con enumeración de los pronunciamientos que se impugnan, al tenor que es de ver en su escrito unido en Autos, teniéndose por interpuesto el mismo para ante la Audiencia en legal forma, en base a lo establecido en el art. 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada en la Ley 37/2011 (BOE. 11 /10/2011), dándose traslado a la adversa y emplazándola para oponerse al recurso o impugnarlo, y realizado el citado trámite en plazo, oponiéndose al mismo,

se acordó remitir las actuaciones a esta Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes ante la misma.

**TERCERO.-** Recibidos los autos en este Tribunal, registrados, formado rollo, turnado de ponencia y personadas las partes en tiempo y forma, señaló fecha para deliberación y fallo del citado recurso, y llevado a cabo que fue, quedó el mismo visto para dictar la resolución procedente.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso de apelación por la representación de la mercantil demandada (despacho de abogados) contra la sentencia dicta en la instancia en que, estimando la demanda se declaraba la nulidad por abusiva de la cláusula contenida en la hoja de encargo profesional de 25 de mayo de 2015, condenado a la demandada a devolver al actor la cantidad cobrada sin perjuicio de su derecho a reclamarle los honorarios pactados en la primera hoja de encargo.

Por la parte recurrente se impugna la sentencia entendiendo en primer lugar y sobre la base de error en la valoración de la prueba documental que el contrato se sujeta perfectamente al doble control de transparencia exigido por legislación y jurisprudencia; si bien entiende que siendo una cláusula que afecta al precio del contrato y es por tanto elemento esencial no puede someterse al control de abusividad si la cláusula es clara y comprensible. En apoyo de su tesis desarrolla una amplia exposición jurisprudencial y referencia al supuesto error existente en la valoración de la prueba testifical.

**SEGUNDO.** - Así planteado el recurso, en primer lugar habría que analizar la cuestión del posible examen de la abusividad de las cláusulas relativas un elemento esencial del contrato, como es el precio, si bien la propia parte recurrente no parece considerar muy seriamente tal motivo de impugnación, cuando el grueso de su recurso se dedica la análisis del doble control de transparencia.

Por otra parte y en cuanto a esta cuestión, la parte apelada indica que se trata de una cuestión nueva, no planteada en la contestación ala demanda. Es cierto, como también lo es que quizá por ese motivo, la sentencia no hace ninguna mención la respecto. Por tanto, al tratarse de una cuestión nueva no planteada ni debatida en la instancia, resultaría improcedente su admisión.

En todo caso la Sala discrepa de la pretensión de la parte de que no pueda analizarse la abusividad de una disposición contractual que afecta al precio. De hecho, la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de TJUE, a la que se ha llegado con la considerable contribución de la sociedad ahora apelante, sostiene pacíficamente la posibilidad de declarar la abusividad de las cláusulas suelo (que como tales forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por ello del objeto principal del contrato) cuando se trat de contratos entre profesionales y consumidores.

La parte parece partir de un error, como es el de considerar que no puede analizarse la abusividad por afectar a un elemento esencial del contrato como es el precio, por no haber analizado el control de contenido cuando las cláusulas se redacten de forma clara y transparente, ni con ello analizar su transparencia.



Sin embargo esta tesis se opone a la reiteradísima jurisprudencia que sin duda la parte apelante conoce, y así por ejemplificar en una sentencia, la STS 171/2017 de 9 de marzo establece, la tratar la remisión que avece la recurrente en casación a la STS de 9 de mayo de 2013: *"Esta sentencia 241/2013, de 9 de mayo , recoge la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia aplicada a la cláusula suelo. Doctrina que ha sido corroborada por las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre ; 138/2015, de 24 de marzo ; 139/2015, de 25 de marzo ; 222/2015, de 29 de abril , y 705/2015, de 23 de diciembre .*

*Conforme a esta jurisprudencia, el control de transparencia tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 , según el cual el control de contenido no puede referirse «a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente. «[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 realizada 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» ( sentencias 406/2012, de 18 de junio , y 241/2013, de 9 de mayo )".*

Por su parte, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), después de recordar que *"el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 "* (ap. 49), añade: *"50. Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11 , EU:C:2013:180 , apartado 44).*

*51. Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 , de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular".*

Igualmente la STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus (C-421/14), explicita la consecuencia o efecto de que una determinada cláusula, referida al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, no pase el control de transparencia:

*"62 (...) según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 , las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra -cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva-, sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 41, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14 , EU:C:2015:447 , apartado 50)".*

*67 (...) En caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, como la controvertida en el litigio principal, no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva (...)"*

**TERCERO.** En este caso, examinada la hoja de encargo, si bien es cierto que la cláusula en sí es aparentemente clara y comprensible desde un punto de vista formal, cabe dudar que lo sea en cuanto a su comprensibilidad real, sobre todo si se toma en consideración con el resto del contrato y la anterior hoja de encargo.

Efectivamente lo relevante de este caso es que existen dos hojas de encargo distintas, una de enero y otra de mayo y que el objeto sobre el que versa el encargo es exactamente el mismo, *"la defensa jurídica de los intereses de las personas arriba indicadas, así como la dirección letrada en los procesos judiciales necesarios para recuperar la cantidad invertida" ....* Por tanto, siendo idéntico el encargo y por tanto limitándose la novación al cambio en los honorarios, resultaría exigible que en los mismos se hiciese constar la razón por la que tales honorarios cambiaban. No hay mención alguna en la primera hoja de encargo que tenga por finalidad interponer una acción colectiva y en la segunda una individual, por lo que con la primera hoja hay que entender que el



profesional se comprometía a ejercitar las acciones que fuesen oportunas, individuales o colectivas, la que más conviniese a su cliente desde el ejercicio deontológico de la profesión y con arreglo a la buena fe.

Por tanto, si nada se establece en la estipulación de la hoja contractual sobre las razones para la modificación de los honorarios, por más que su redacción sea clara gramaticalmente no es comprensible en relación con el objeto del contrato. Y tampoco cabe hablar de esa claridad material cuando examinamos su contenido. En la hoja de encargo de enero, el precio estaba perfectamente definido, 550 € de provisión de fondos, 650 € para el procurador y el 10% de lo que se obtuviese en el juicio. Frente a ello la nueva disposición establecía que el profesional obtendría las costas procesales y los intereses si los hubiera, o los intereses si no hubiese costas. Lo cierto es que las costas era un concepto que podía ser definido en ese momento, por ser las costas propias y conocer la reclamación que se iba a efectuar, por lo que esa mención a un concepto jurídico, respecto de un consumidor lego en derecho, al igual que sucedería con una valoración de los intereses que se podrían obtener, implican una falta de claridad en cuanto al fondo de la reclamación que hace necesario el análisis de la transparencia.

**CUARTO.-** En este punto es en el que la apelante desarrolla la parte principal de sus argumentos. Alega que el criterio de la transparencia se ha cumplido sobradamente: por una parte por la propia redacción clara y comprensible del nuevo precio de arrendamiento de servicios, y por otra y y sobre todo por la completa información que se habría suministrado la cliente, unido a su formación empresarial.

Consta a esta Sala que la parte apelante conoce sobradamente la doctrina fijada respecto de las cláusulas suelo en la conocida STS 9 de mayo de 2013, y reiterado en sentencias posteriores, como la de 8 de septiembre de 2014 que se estima traspolable, con carácter general a cualquier cláusula contractual abusiva, como se ha hecho en relación con otras disposiciones contractuales de los contratos de préstamo. Y así la última sentencia citada expresa que *"En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, ( artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU ) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)".*

Con base en esta doctrina general la propia sentencia determina su alcance en el siguiente sentido: *"Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13 , declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".*

**QUINTO.-** Atendiendo a esta doctrina, en primer lugar debemos examinar la supuesta capacitación profesional del cliente. Se trata de un jubilado de avanzada edad que según la parte habría regentado un negocio de hostelería y en la actualidad tendría una casa rural. Con estos antecedentes la recurrente pretende que se trata de una persona con una cualificación especial para comprender el objeto del contrato y el contenido de la cláusula abusiva.



Como ya hemos anticipado, la cualificación del cliente para poder considerar la suficiencia del juicio de transparencia en relación con la redacción de la hoja de encargo habría sido un profesional del derecho, o alguien familiarizado con su ejercicio que por tanto pudiese hacer una valoración adecuada sobre cuál era la diferencia entre los honorarios establecidos en enero y los que se fijaban en mayo. No constando que esa circunstancia se diese en el actor, esta pretensión de la parte no puede ser admitida.

En segundo lugar y en cuanto a la redacción clara y comprensible de la cláusula, ya nos hemos pronunciado en el fundamento tercero, entendiéndose que si bien una lectura gramatical es sencilla, su comprensión de los términos jurídicos empleados no permiten predicar esa claridad, como tampoco se puede sostener en relación con el motivo del cambio en el precio si el encargo asumido era el mismo.

Queda por tanto el juicio de transparencia, esto es si el consumidor pudo tener en este caso concreto una real comprensión de la cláusula que formaba y de su alcance, derivado de una suficiente información. Como es bien sabido, en este punto la carga de la prueba corresponde al profesional, que ha traído a juicio como testigo a la persona que en esas fechas fue contratada para realizar la tramitación de estos cambios de contrato. La recurrente sostiene que la juez yerra la valorar su declaración, entendiéndose por el contrario que habría acreditado de forma sobrada la información que se le dio.

Sin embargo y a este respecto topamos con un obstáculo esencial, cual es que el testigo ha manifestado de forma reiterada que no recuerda el caso concreto, por haber tenido muchos clientes, por lo que lo que relata no es sino la práctica general, pero que no sabemos si se aplicó en este caso.

El acto ha sostenido en el acto del juicio que la única información detallada que le dieron fue cuando contrató los servicios del apelante en enero, y que entonces se le dejó muy claro cual era su obligación de pago, indicándole que sería una demanda de grupo. Que en mayo no recibió anticipadamente por correo documento alguno, y que le llamaron para acudir al despacho en Madrid, donde le dijeron que tenía que formar unos documentos para que el abogado le defendiese en el juicio, sin que le informase de nada.

El testigo manifiesta, dentro de su desconocimiento del caso concreto, que la dinámica habitual era enviar a los clientes la nueva hoja de encargo, por correo o por correo electrónico y que si les planteaba alguna duda que llamaban para acudir a las oficinas donde se les hacían las aclaraciones precisas y que el cambio se debía a que de acción colectiva se pasaba a acción individual. Ahora bien, también ha afirmado que no sabía en qué consistía el cambio, sin que conociese cuales eran los honorarios que pudiese haber pactado el actor. Ante las dudas en su declaración, al finalizar la misma la juez le interroga sobre sus funciones concretas y ha manifestado que explicaba el cambio del ejercicio de las acciones a ejercitar y que ello suponía el cambio de honorarios, con carácter genérico.

Ante ello, se comparte el criterio de la juez de instancia en que esta prueba es insuficiente para acreditar la información completa y necesaria.

Primero porque la no acordarse del caso concreto se ignora qué fue exactamente lo que dijo el actor, si es que fue el quien le recibió. Por otra parte, no se ha probado que la regla general de envío previo de la hoja de encargo y cita para dudas por el cliente se efectuase en este caso. No hay constancia alguna de esa remisión previa, y dado que las llamadas no las gestionaba él sino en la recepción, no puede excluirse que por algún motivo la carta remitida no llegase a su destino y que por ello se citase al actor en la oficina, tal y como afirma de modo rotundo.

Y en cuanto a la información que en ese momento se le diese, como ya se ha dicho se le informaba del cambio de la acción que iba a ejercitar, si bien no consta que se le explicase por qué ello habría de suponer un cambio en los honorarios; y sobre todo que si bien se le informaba de que éstos se modificaban, no se ha manifestado que se le indicase a cuánto ascenderían los nuevos honorarios pactados, que como hemos dicho era simple determinar. Hay que tener en cuenta que el testigo era abogado no ejerciente y que no trabajaba como abogado en su actividad en el despacho apelante, por lo que no es factible pensar que pudiese informar de ese extremo si antes no se le hubiera suministrado por el despacho la información con las cuantías que se estaban reclamando como honorarios en las costas y a cuánto podrían ascender los intereses de su reclamación. Por tanto, ante la falta de esa información, debe entenderse, junto con la juez de instancia que, incluso en el supuesto no acreditado de que el testigo hubiese sido el que atendió personalmente al actor, no se le habría informado con claridad del desequilibrio económico que le suponía los nuevos honorarios en relación con la hoja de encargo pactada en enero, que como decimos, ya por concluir, ya establecía la obligación del profesional del ejercicio de los procesos judiciales necesarios para recuperar la cantidad.

Por tanto, el recurso debe ser desestimado.

**SEXTO.-** Desestimado el recurso de apelación, las costas de esta alzada deberán ser impuestas a la parte recurrente.



Vistos los preceptos legales anteriormente citados y demás de general y pertinente aplicación;

## FALLAMOS

**Que desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Arriaga Asociados Asesoramientos Jurídicos y Económicos S.L. contra la sentencia de fecha 14 de mayo de 2019, dictada por el Juzgado de Primera instancia de Santa María la Real de Nieva en juicio ordinario 311/2018; se confirma la misma, imponiendo las costas de esta alzada a la parte recurrente.

La confirmación de la Sentencia de instancia supone la pérdida del depósito para apelar consignada por la parte recurrente, al que deberá darse el destino legal ( D.D 15ª de la L.O.P.J) según redacción de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de la utilización por las partes, de aquellos otros recursos para cuyo ejercicio se crean legitimados.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Ignacio Pando Echevarria, de esta Audiencia Provincial, estando el mismo celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha, certifico.