



Roj: **SAP Z 6/2017 - ECLI:ES:APZ:2017:6**

Id Cendoj: **50297370052017100003**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **03/01/2017**

Nº de Recurso: **661/2016**

Nº de Resolución: **3/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5ZARAGOZA

SENTENCIA: 00003/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE ZARAGOZA

SECCION QUINTA

N10250DIRECCION.- C/ GALO PONTE Nº 1 DE ZARAGOZA-50.003

Tfno.: 976208053-055-051 Fax: 976208052

N.I.G. 50297 42 1 2016 0000380

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000661 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de ZARAGOZA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000013 /2016

Recurrente: Abel

Procurador: EVA BRAVO RODRÍGUEZ

Abogado: SERGIO NOGUES MARCO

Recurrido: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.

Procurador: ADELA DOMINGUEZ ARRANZ

Abogado: Mª PAZ CRUZ JIMENEZ

SENTENCIA nº 3/2017

ILMOS. Señores:

Presidente:

D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA

Magistrados:

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En ZARAGOZA, a tres de enero de dos mil diecisiete.

En nombre de S.M. el Rey,



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 13/2016, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 661/2016, en los que aparece como parte apelante, D. Abel , representado por el Procurador de los tribunales, D^a EVA BRAVO RODRÍGUEZ, asistido por el Abogado D. SERGIO NOGUES MARCO, y como parte apelada, BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, D^a ADELA DOMINGUEZ ARRANZ, asistido por el Abogado D^a M^a PAZ CRUZ JIMENEZ, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. SR. D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **resolución** apelada de fecha 7-11-2016, cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda formulada por D. Abel contra BANCO CEISS S. A. , en declaración de nulidad y restitución de cantidades, debo declarar y declaro no haber lugar a la nulidad de la cláusula suelo insertada en la escritura de fecha 21 de agosto de 2.002, en cuanto a la cláusula suelo que fijaba un tipo de interés mínimo del 3 %, por no concurrir abusividad, habiendo superado la misma el control de transparencia, absolviendo al Banco demandado a eliminar a su costa la citada cláusula y del abono de las cantidades abonadas de más por los actores por exceso en la aplicación del mencionado tipo de interés mínimo, desde la fecha de 9 de mayo de 2.013, condenado al demandante al abono de las costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de D. Abel se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos y CD, y personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 21 de diciembre de 2016.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes procesales

Solicitada la nulidad de la aplicación de una cláusula de limitación del tipo mínimo de interés contenida en una escritura de préstamo hipotecario de 21 de agosto de 2002, la demandada alegó la comprensibilidad real de la misma.

La sentencia de la instancia desestimó la demanda.

La actora formula recurso de apelación fundada en que:

-La infracción de la normativa sobre condiciones generales y **consumidores** y usuarios, así como la doctrina jurisprudencial establecida al efecto.

-El error en la valoración de la prueba en cuanto la prueba de la comprensibilidad real de la cláusula por el **consumidor** corresponde a la demandada.

La demandada mantuvo los argumentos de la instancia.

SEGUNDO.- Control de transparencia de la condición general que impone la cláusula de interés mínimo

A juicio de la demandada la cláusula suelo fue objeto de la debida información y explicación por la entidad al tiempo de suscribir el contrato de préstamo hipotecario.

En un supuesto que presenta similitudes, esta Sala en su sentencia nº 156/2016, de 14 de marzo, declaró que:

De otra parte, la declaración del notario autorizante en la escritura sobre la conformidad de la escritura con la oferta vinculante, la existencia de limitaciones al tipo de interés variable y la conformidad de la escritura con la oferta vinculante de la entidad no permite, más allá de la información suministrada con el tenor literal de la escritura, dar como acreditado que se explicó por este o por el personal de la entidad el contenido de la escritura y, en especial, la cláusula en litigio - la S.T.S. nº 464/2014, de 8 de septiembre -. Se trata de declaraciones reiteradas o rutinarias propias de todas las escrituras que no consta en el caso concreto se explicasen de forma detallada la verdadera trascendencia jurídica que las mismas tenían.

Las ulteriores novaciones, amén de no tener valor confirmatorio alguno como se verá, impiden ser un instrumento de prueba útil para acreditar que el contenido y extensión real de las cláusulas litigiosas, tanto en



el aspecto jurídico como en el económico, le fue explicado al actor en el preciso momento de decidir sobre la aceptación o no de los créditos hipotecarios suscritos.

...

En definitiva, no se acredita por la entidad que se hubiera suministrado al actor la concreta información atinente al carácter limitado de la bajada del tipo de interés de la cláusula y su real trascendencia económica y que con tales circunstancias el deudor hubiera decidido libremente aceptar o no la indicada cláusula.

Por lo demás, la tantas veces reiterada condición general reúne las circunstancias que con carácter meramente enunciativo refiere la STS nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013 en su epígrafe 225 para negar la transparencia de la cláusula:

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definatorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) ..., se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del **consumidor**".

En consecuencia, no existe el error en la valoración de la prueba denunciado en cuanto la practicada no ha acreditado que la cláusula hubiera superado el doble control de transparencia y hubiera sido aceptada por el **consumidor** con pleno conocimiento de su contenido y trascendencia".

En parecido sentido, pueden citarse la sentencia nº 167/2015, de 21 de abril, y la nº 410/2015, de 13 de octubre de 2015, ambas de esta Sala.

En el presente caso, han de darse tales declaraciones por reproducidas por no acreditarse de la prueba practicada por la demandada que de los elementos invocados se desprenda que la actora tuviera una comprensibilidad real de los efectos económicos de la aplicación de la cláusula cuestionada al tiempo de la suscripción del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Ni la lectura por el Sr. Notario de la escritura en general y de la cláusula tachada de nula en particular, ni la aportación del documento obrante al folio 71 de la causa denominado "condiciones de concesión de la operación financiera a formalizar..." permite concluir que se les representó a los actores la entidad y trascendencia económica de las obligaciones asumidas en la misma, pues la cláusula en litigio tenía un tratamiento similar al que contempló la escritura y si bien su comprensión gramatical pudiera ser exacta -control de incorporación-, su comprensibilidad real no se puede considerar se produjese solo con estos elementos. Por tanto, conforme a la doctrina jurisprudencial invocada la demanda hubo de ser estimada y, en consecuencia, el recurso ha de prosperar en los términos interesados por el actor.

TERCERO.- Costas procesales

Las costas de esta alzada se rigen por los arts. 394 y 398 LEC, por lo que, conforme a dichos preceptos, no se impondrán a la recurrente las costas del recurso.

En virtud de lo expuesto

FALLO

La Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por **D. Abel** contra la sentencia de 7 de noviembre de 2016 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Primera Instancia Nº 10 de Zaragoza al que el presente rollo se contrae, revocándolo en el sentido de estimar la demandada interpuesta por D. Abel contra **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVEWRSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.**, en consecuencia,;

-Declarar la cláusula impugnada, Cláusula Financiera Tercera Bis de la Escritura Pública de fecha 21 de agosto de 2002, nula de todo derecho en lo referente a la fijación de cualquier límite mínimo a la variación del tipo de interés o tipo de interés mínimo.

-Condenar a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a cumplir con la misma.



-Condenar a la demandada a restituir a la actora los intereses que hubieran pagado en aplicación de la anterior cláusula declarada abusiva, a partir de la fecha de la publicación de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

-Condenar a la demandada al pago de las costas de la instancia.

No se hace especial pronunciamiento sobre las de la apelación.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir dada la estimación del mismo.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación y extraordinario por interés vacacional, ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de Banesto, en la calle Torrenueva, 3 de esta ciudad, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.