



Roj: **SAP O 581/2017 - ECLI:ES:APO:2017:581**

Id Cendoj: **33024370072017100088**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **01/03/2017**

Nº de Recurso: **652/2016**

Nº de Resolución: **99/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA PIEDAD LIEBANA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7**

**GIJON**

**SENTENCIA: 00099/2017**

**AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN 7ª**

**GIJÓN**

N10250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

-

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

CLL

**N.I.G.** 33076 41 1 2015 1000720

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000652 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de VILLAVICIOSA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000644 /2015

Recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procurador: JUAN RAMON SUAREZ GARCIA

Abogado: MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ

Recurrido: Abilio

Procurador: JOSE JAVIER CASTRO EDUARTE

Abogado: IGNACIO GARCIA GARCIA

**SENTENCIA Núm. 99/2017.**

**ILMOS. SRES.:**

**PRESIDENTE: DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA**

**MAGISTRADOS: DOÑA MARÍA PIEDAD LIÉBANA RODRÍGUEZ**

**DON JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ.**

En GIJÓN, a uno de Marzo de dos mil diecisiete.



VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en GIJÓN, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 644/2015, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N.1 de VILLAVICIOSA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) N° 652/2016, en los que aparece como parte apelante, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JUAN RAMÓN SUÁREZ GARCÍA, asistido por la Abogada DOÑA MARÍA JOSÉ COSMEA RODRÍGUEZ, y como parte apelada, DON Abilio , representada por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSÉ JAVIER CASTRO EDUARTE, asistido por el Abogado D. IGNACIO GARCÍA GARCÍA.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Villaviciosa, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 21 de Septiembre de 2016 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO.- Estimando la demanda formulada por la procuradora D<sup>a</sup> Ana María Cases García, en nombre y representación de D. Abilio , contra Banco Popular Español S.A., debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula de limitación mínima de interés variable incluida en la escritura de subrogación en préstamo hipotecario de 11 de octubre de 2006. En consecuencia Banco Popular Español S.A. deberá abonar las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la referida cláusula a partir del 9 de mayo de 2013, cantidades que deberán ser incrementadas en el interés legal devengado desde cada uno de sus pagos. Asimismo se condena a la demandada al pago de los intereses de mora procesal previstos en el Artículo 576 LEC desde el dictado de la sentencia.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demanda".

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 15 de Febrero de 2017.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente la lltma. Sra. Magistrada **DOÑA MARÍA PIEDAD LIÉBANA RODRÍGUEZ**.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** La sentencia de objeto de recurso estimando la demanda interpuesta por D. Abilio contra Banco Popular Español, S.A., declaró la nulidad de la cláusula de limitación mínima de interés variable incluida en la escritura de subrogación en préstamo hipotecario formalizada entre las partes en fecha 11 de octubre de 2006. Condenando a la entidad demandada a abonar al actor las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dicha cláusula desde el 9 de mayo de 2013, más el interés legal devengado desde cada uno de sus pagos. Con imposición de costas a la demandada.

Contra dicha sentencia se alza el Banco Popular Español, S.A. alegando como motivos que: el actor carece de la condición de **consumidor**, por lo que no cabe aplicar el doble control de incorporación y de transparencia, cumpliendo los requisitos del primero, único aplicable a un contrato celebrado entre profesionales y empresarios; no estamos ante una condición general de la contratación al haber sido negociado individualmente el importe nominal de la operación, plazo y tipo de interés, no alcanzando la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas al objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución ( Art. 4.2 de la Directiva 93/13 ); error en la valoración de la prueba y concurrencia de dudas de hecho y de derecho que justifican la no imposición de costas a dicha entidad.

**SEGUNDO:** Condición de **consumidor** del actor.

El art. 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo , de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, define qué se entiende por tales a los efectos de la propia Directiva, es su apartado b) "**consumidor**": *toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional* " mientras que el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, señala en la misma línea: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son **consumidores** o usuarios *las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional* ". La Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha dado nueva redacción a ambos preceptos, pero manteniendo el acento en el hecho de que la actuación se desarrolle en el ámbito propio de la actividad profesional o empresarial o en un marco ajeno al mismo.



Y así ha sido interpretado por el TJUE, que en su Auto de 19 de noviembre de 2015 señala que "el concepto de «**consumidor**», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo (Sentencia Costea, C 110/14, EU:C:2015:538 , apartado 21). Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión", y más extensamente se ha pronunciado la STS de 3 de junio de 2016 cuando, indica que "de acuerdo con la doctrina contenida en la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14 ), para decidir si el contrato está sujeto a la normativa de **consumidores**, *lo relevante es el destino de la operación* y no las condiciones subjetivas del contratante en contra de lo argumentado en el recurso".

Partiendo de dicho concepto de "**consumidor**" y partiendo, precisamente, del contenido de las escrituras públicas al que alude el recurso y de la carta remitida por la entidad apelante a la parte actora, con fecha 30 de marzo de 2015, en contestación a la reclamación escrita que realizó ante el Servicio de Atención al Cliente aportadas con la demanda, resulta patente que la apelante, equivocadamente, le niega tal condición al prestatario atendiendo a que la garantía del préstamo hipotecario suscrito entre las partes recae sobre un hotel, como expresamente se recoge en el penúltimo párrafo de la misiva a la que nos hemos referido (F.68), en lugar de fijarse en el destino al que va destinado el préstamo solicitado, destino que no se recoge en la escritura que sea una actividad mercantil, afirmando D. Abilio en el acto del juicio que el préstamo solicitado tenía como finalidad la adquisición de una finca para la construcción de su vivienda, sin que el Banco haya aportado prueba alguna para rebatir tal aserto, que por otra parte viene refrendado por el contenido de la escritura pública obrante a los F. 36 a 64, donde se recoge que es la garantía hipotecaria la que recae sobre la finca "Tras la Riega y Llosa del Molino" sita en la parroquia de Selorio, donde se encuentra ubicado un Hotel Rural, cuyos titulares son los progenitores del actor, por lo que no puede negársele al actor la condición de **consumidor**, con la consiguiente desestimación del recurso en este punto.

**TERCERO** : Niega la apelante que la denominada cláusula suelo, cuya nulidad se insta por abusiva, tenga el carácter de una condición general de la contratación al haber sido negociado individualmente el importe nominal de la operación, plazo y tipo de interés, no alcanzando la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas al objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución ( Art. 4.2 de la Directiva 93/13 ).

Esta cuestión ya ha sido resuelta por la Sala (Sentencias de 26 y 27 de octubre de 2015 y 11 de julio y 30 de septiembre de 2016 , entre otras) rechazando la tesis de la recurrente, con cita de la STS de 29 de abril de 2015 la cual establece, siguiendo la línea marcada por la Sentencia de Pleno de fecha 9 de mayo de 2013 , que la cláusula suelo tiene el carácter de condición general de la contratación y que regula un elemento esencial del contrato y no queda excluida por ello de la normativa sobre cláusulas abusivas, en cuanto ésta viene definida por el proceso seguido en cada caso para su inclusión en el contrato de que se trate.

Volviendo a reiterar la STS de 23 de diciembre de 2015 , que "*En el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con **consumidores**, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar (arts. 5 y 7 LCGC), pero con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente*".

**CUARTO**: Reconocida la condición de **consumidor** de D. Abilio y el carácter de condición general de la cláusula suelo controvertida sujeta, por ende, a la normativa de las cláusulas abusivas, debemos adentrarnos en la revisión de la prueba practicada en la instancia en orden a dirimir si concurre la errónea valoración de ésta por la Juzgadora de instancia, invocada en el recurso, alegando que dicha cláusula no sólo cumple el control de incorporación sino también el de transparencia a tenor del resultado de la prueba testifical practicada en la persona de D<sup>a</sup> Paulina , quien en su condición de directora de la sucursal de Villaviciosa negoció el préstamo hipotecario suscrito por el actor, quien aseguró haber informado al prestatario de la incorporación de la cláusula suelo y de sus efectos.

Al respecto, hemos de reiterar, que la razón de ser de la abusividad de la cláusula examinada por falta de transparencia, responde a la idea de que ante la ausencia de una información suficiente por parte de la entidad financiera, previamente a la celebración de contrato, en orden a la existencia de dicha cláusula y de sus consecuencias en el supuesto de una previsible bajada del tipo de referencia, su inclusión subrepticia provoca una alteración del precio del crédito, al cual presta su consentimiento el prestatario en base a la información que se le ha proporcionado. De tal forma que como recoge la STS de 24 de marzo de 2015 "*La falta de transparencia en de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del **consumidor**, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que supondría obtener el préstamo con "cláusula*



suelo" en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al **consumidor** de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado".

Precisando en su Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2014 que "el control de transparencia, como parte integrante del control de abusividad no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio de 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 puede evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada", esto es, que el prestatario pueda conocer con la onerosidad o sacrificio patrimonial a asumir a cambio de la prestación económica que quiere obtener y, así mismo, su posición jurídica tanto en los elementos o presupuestos típicos del contrato celebrado, como en la distribución de los riesgos en la ejecución del mismo ( STS de 29 de abril de 2015 ). En definitiva, "es necesario que la información suministrada permita al **consumidor** percibir que se trata de una cláusula al **consumidor** que el **consumidor** pueda hacer una idea cabal de cómo puede incidir la citada 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".

Siguiendo esta línea, la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 , en un recurso casación formulado precisamente por la entidad Banco Popular Español, S.A., ha señalado que: *La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto - más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que "convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el Euribor)"*.

Aplicando estos criterios al caso de autos, a partir del testimonio prestado por D<sup>a</sup> Paulina , única prueba propuesta y practicada a instancia de la entidad financiera, la cual manifestó que "explicaba todos los conceptos del préstamo y además que la minuta se lee en la Notaria"; "entiende que lo explicó y que hizo simulaciones porque lo hacen habitualmente, aunque no recuerda los detalles; no recuerda si le entregó folleto, ni oferta vinculante"; "que la cláusula suelo era una condición más en el contrato, siendo una condición habitual en dichos préstamos", no sólo no resulta probado que se le hubiese suministrado al prestatario la documentación precontractual exigida, lo cual fue negado por el actor, sino que tampoco se ha acreditado que la información previa a la prestación de su consentimiento le hubiera permitido conocer las consecuencias jurídicas y económicas que comportaba la inclusión de la cláusula suelo controvertida, falta de información que no puede ser suplida por la intervención del Notario, compartiendo no sólo la valoración que de la prueba ha realizado la Juzgadora de instancia sino también la conclusión alcanzada en la sentencia recurrida, con la consiguiente desestimación del recurso.

**QUINTO:** Debe decaer también la impugnación del pronunciamiento de las costas de instancia, en cuanto no cabe hablar de que, en el caso enjuiciado, concurren ni serias "dudas de hecho", no presentándolas la condición de **consumidor** en la persona del prestatario en la que viene a fundar las mismas el recurrente, ni establecida dicha condición y limitada la controversia a dirimir si la cláusula suelo litigiosa era o no abusiva por falta de transparencia, apreciar "dudas de derecho", siendo la doctrina jurisprudencial citada la que se ha venido aplicando de forma reiterada tanto por los Juzgados de Primera Instancia, como por las distintas Secciones de nuestra Audiencia Provincial, siendo numerosas las sentencias de esta Sala que han resuelto en idénticos términos otros procedimientos deducidos sobre la materia por la entidad apelante.

**SEXTO:** Desestimado el recurso, se imponen las costas causadas en esta segunda instancia a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 de la LEC .

En atención a lo expuesto, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias, dicta el siguiente

## FALLO

**SE DESESTIMA** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Suárez García, en nombre y representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 21 de Septiembre de 2016 en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 644/2015, tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia Número UNO de Villaviciosa y, en consecuencia, **SE CONFIRMA** dicha resolución en su integridad. Con imposición de las costas causadas en esta segunda instancia a la parte apelante.

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