



Roj: **SAP AB 562/2015 - ECLI:ES:APAB:2015:562**

Id Cendoj: **02003370012015100301**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2015**

Nº de Recurso: **140/2015**

Nº de Resolución: **136/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CESAREO MIGUEL MONSALVE ARGANDOÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **ALBACETE**

### **SECCION PRIMERA**

#### **Apelación Civil 140/2015**

Juzgado de 1ª Instancia Nº 3 de Albacete

APELANTE: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S,A,

Procuradora: Dª. Ana-J. Gómez Ibáñez

Letrada: Dª. Ana Arroyo Marín

APELADO: UNIÓN DE **CONSUMIDORES** Y USUARIOS DE ALBACETE, en nombre de D. Juan Alberto y Dª. Ana

Procuradora: Dª. Rosario Rodríguez Ramírez

Letrada: Dª. Francisca Tornero Restoy

#### **S E N T E N C I A N U M . 136/15**

#### **EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

Il'tmos. Sres.

Presidente

D. Cesar Monsalve Argandoña

Magistrados

D. José García Bleda

D. Manuel Mateos Rodríguez

En Albacete a quince de junio de dos mil quince.

**VISTOS** en esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los autos de Procedimiento Ordinario nº 12/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Albacete y promovidos por la UNIÓN DE **CONSUMIDORES** DE ALBACETE, actuando en nombre y representación de D. Juan Alberto y Dª. Ana contra la mercantil BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.; cuyos autos han venido a esta Superioridad en virtud de recurso de apelación que, contra la sentencia dictada en fecha 14 de noviembre de 2014 por la Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia de dicho Juzgado, interpuso el referido demandado. Habiéndose celebrado Votación y Fallo en fecha 1 de junio de 2015.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**ACEPTANDO** en lo necesario los antecedentes de la sentencia apelada; y

1º.- Por el citado Juzgado se dictó la referida sentencia, cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Dª Rosario Rodríguez Ramírez, en nombre y representación de la Unión de **Consumidores** de Albacete, que a su vez actúa en representación de sus socios D. Juan Alberto y Dª Ana , contra Banco Popular Español SA, representado por el Procurador D. Gerardo Gómez Ibáñez, debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula de limitación del tipo mínimo inserta ("*no obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes que el tipo de interés nominal mínimo aplicable en este contrato será del 3,500 por ciento*") en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 23 de noviembre de 2009, número de protocolo 1166, otorgada ante el Notario D. Pablo Gámiz Tofé , condenando a la demandada a estar y pasar por la referida declaración y a eliminar dicha cláusula del contrato; se condena igualmente a la parte demandada a devolver a la parte actora las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, debiendo para ello recalcular el cuadro de amortización del préstamo sin tener en cuenta la cláusula anulada. Se imponen las costas causadas a la parte demandada.- Notifíquese a las partes la presente resolución. Contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Albacete, a interponer en un plazo de veinte días.- Así lo acuerdo, mando y firmo.- Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, con inclusión del original en el Libro de Sentencias.-"

2º.- Contra la Sentencia anterior se interpuso recurso de apelación por la mercantil demandada "Banco Popular Español, S.A.", representado por medio de la Procuradora Dª. Ana-Jerónima Gómez Ibáñez, bajo la dirección de la Letrada Dª. Ana Arroyo Marín, mediante escrito de interposición presentado ante dicho Juzgado en tiempo y forma, y emplazadas las partes, por la demandante, Unión de **Consumidores** y Usuarios de Albacete, que actúa en nombre de D. Juan Alberto y Dª. Ana , representada por la Procuradora Dª. Rosario Rodríguez Ramírez, bajo la dirección de la Letrada Dª. Francisca Tornero Restoy se presentó en tiempo y forma ante el Juzgado de Instancia escrito oponiéndose al recurso de apelación, elevándose los autos originales a esta Audiencia para su resolución, previo emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Audiencia Provincial por término de diez días, compareciendo la Procuradora Dª. Ana-J. Gómez Ibáñez en nombre y representación de Banco Popular Español, S.A. y la Procuradora Dª. Rosario Rodríguez Ramírez en nombre y representación de la Unión de **Consumidores** y Usuarios de Albacete actuando en nombre de D. Juan Alberto y Dª. Ana .

3º.- En la sustanciación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

**VISTO** siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Cesar Monsalve Argandoña.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia dictada en instancia se alza el apelante BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. solicitando su revocación y el dictado de otra en su lugar que desestime íntegramente la demanda interpuesta por la UNION DE **CONSUMIDORES** DE ALBACETE actuando en representación de sus asociados D. Juan Alberto y Dª Ana .

Se opuso al recurso la citada apelada, que solicita la confirmación de la sentencia recurrida por resultar la misma ajustada a Derecho.

**SEGUNDO.-** El primer motivo de apelación denuncia la infracción en la sentencia recurrida del art. 218.2 en relación con los arts. 319 y 326, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , invocando la existencia de un error en la valoración de la prueba practicada y ello por cuanto BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. ha cumplido tanto el control de incorporación como el control de transparencia respecto de la cláusula suelo incorporada en la escritura pública de compraventa y subrogación suscrita por las partes en fecha 23 de noviembre de 2.009.

El motivo se desestima. Comenzando por el control de incorporación, poco podemos añadir al exhaustivo análisis que la Juez a quo hace de la forma en que la cláusula suelo se incorpora al contrato poniendo de relieve que la misma pasa completamente desapercibida para los compradores, conclusión que la Sala comparte en su integridad. Y es que no cabe confundir claridad de la redacción con correcta incorporación. Es obvio que la redacción de la cláusula es clara y comprensible, pero el control de incorporación no se limita a ese extremo para entenderlo superado. Después de repasar las principales características del préstamo en que se subrogan los compradores -es muy revelador, como dice la Juez, que ni siquiera se aluda a la cláusula suelo entre tales características- la cláusula se incorpora dentro de la extensa estipulación cuarta, dentro de uno de los varios apartados de la misma titulado **MODIFICACION DEL TIPO DE INTERES** , que precisamente modifica el tipo de interés nominal pactado escritura inicial, aclarando en negrita el nuevo tipo y su diferencial. Y mucho después, sin mayúsculas ni negrita, se introduce la cláusula suelo entre otras precisiones como las de



redondeo o revisión del tipo de interés de modo que, como hemos dicho anteriormente, pasa completamente inadvertida a pesar de la notable trascendencia de la misma.

**TERCERO.-** Otro tanto cabe decir respecto del requisito de la transparencia, que tampoco fue observado en la cláusula discutida. En este punto comenzamos rechazando que el hecho de que uno de los prestatarios -no demandante- fuera administrador de la promotora vendedora tenga que servir para presumir ex art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que D. Juan Alberto y D<sup>a</sup> Ana conocieran y consintieran la cláusula suelo que se incorporó a la escritura. No existe ningún enlace lógico que permita considerar probado ese conocimiento y consentimiento por esa condición subjetiva de otro prestatario -es más, ni siquiera hay prueba de que la conociera ese otro prestatario, aunque fuera administrador de la promotora-.

Por lo demás, diremos que tampoco es cierto que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994 no sea aplicable a los contratos de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario anterior constituido por un promotor. Dice el art. 1 de dicha Orden que *"será de aplicación obligatoria a la actividad de las entidades de crédito relacionadas con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria"* exigiendo como requisitos de tales préstamos que hayan sido suscritos para compra de vivienda por prestatarios personas físicas y por importe inferior a 25 millones de pts. como fue el caso. Visto el tenor literal de la norma, no nos ofrece duda que la subrogación de unas personas físicas -que pasan a ser los prestatarios- en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda que contrató inicialmente la promotora encaja perfectamente en la calificación de *actividad relacionada con la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria* referida más arriba y, por tanto, es de plena aplicación a dichos contratos. En este sentido es significativo que para los casos de subrogación en préstamo concedido al Promotor, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España contempla en su Memoria de 2012 el criterio a seguir en el caso de entidad prestamista compareciente en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación y novación del préstamo estableciendo que *"Dado que la modificación de las condiciones del préstamo implica, necesariamente, la existencia de negociaciones previas a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, entre la entidad y la nueva parte prestataria resultante de la subrogación, una actuación diligente de aquella exige que esté en condiciones de acreditar haber informado a su cliente de la totalidad de las condiciones financieras (modificadas o no) de la operación en la que este se subroga. Ello con independencia de las responsabilidades que competen a cada uno de los intervinientes en la compraventa con subrogación de préstamo..."*. Es decir, debe recibir el mismo tratamiento y la misma protección legal que si hubiera concertado el préstamo inicialmente con la entidad de crédito, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 de la Orden, debió recibir información exhaustiva del contenido del contrato en la forma prevista por Anexo I, y también y de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Orden, debió recibir la oferta vinculante con el contenido recogido en el Anexo II. Y por no haber recibido los Sres. Juan Alberto y Ana una ni otra, cabe afirmar que el contrato adoleció de falta de transparencia. En este punto debemos traer a colación la Sentencia 241/13 del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013, que constituye toda una cátedra en la materia, y que concluye que las cláusulas suelo son en principio lícitas, siempre y cuando **su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos que conllevará**. El cliente debe poder ser consciente del efecto de esa cláusula al efectuar su opción de entre los diversos productos que se le ofertan en el mercado, pues un diferencial variable a un tipo superior podría aprovecharse mejor de las bajadas de los tipos de interés que otro inferior al que se adicione, sin embargo, una cláusula suelo con una barrera superior. En nuestro caso, no es que la información previa facilitada a los adquirentes fuera limitada o parcial sino que ni siquiera se facilitó dicha información, como tampoco existió la oferta vinculante a que se refiere el Anexo II de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994 de modo que no cabe sino confirmar la calificación de falta de transparencia que hace la sentencia recurrida.

**CUARTO.-** Distinta suerte ha de correr el segundo motivo de apelación, que debe ser estimado parcialmente. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 25 marzo 2015 establece en su fallo como doctrina *"Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013"*. Aplicando dicha doctrina jurisprudencial procede revocar la Sentencia recurrida en el único sentido de limitar los efectos de la retroactividad de la nulidad al señalado límite temporal.

**QUINTO.-** Estimado en parte el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hará especial imposición de costas. Tampoco de las de primera instancia, tanto por la estimación parcial de la demanda como por la dudas de derecho existentes sobre la materia hasta el dictado de esta última Sentencia por el Tribunal Supremo.



**VISTOS** los preceptos legales citados y demás normas de general y pertinente aplicación.

En virtud de lo expuesto en nombre del Rey y por la autoridad conferida por la Constitución Española aprobada por el pueblo español.

### FALLAMOS

Que **estimando en parte** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Ana-J. Gómez Ibáñez actuando en representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 3 de Albacete en autos de Procedimiento Ordinario 12/2014, debemos **REVOCAR como REVOCAMOS PARCIALMENTE** dicha resolución en el único particular de limitar los efectos de la retroactividad de la nulidad de dicha cláusula suelo a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , todo ello sin hacer especial imposición de costas en la instancia ni en la alzada.

Notifíquese esta resolución observando lo prevenido en el artículo 248-4º de la Ley orgánica del Poder Judicial 6/85, de 1º de Julio.

Expídase la correspondiente certificación con remisión de los autos originales al Juzgado de procedencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** En Albacete, a quince de junio de dos mil quince.

La pongo yo, la Secretario Judicial, para hacer constar que la Sentencia de fecha de hoy, 15 de junio de 2015, es entregada en este órga **no** judicial uniéndose certificación literal al procedimiento de su razón, incorporándose el original al legajo correspondiente para su posterior encuadernación, y registrándose en el libro de Sentencias, con el número 136/15 que por orden correlativo, según su fecha de publicación, le ha correspondido. La presente Sentencia es pública. Doy fe.