



Roj: **SAP ZA 350/2016 - ECLI:ES:APZA:2016:350**

Id Cendoj: **49275370012016100349**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zamora**

Sección: **1**

Fecha: **04/11/2016**

Nº de Recurso: **257/2016**

Nº de Resolución: **207/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANA DESCALZO PINO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

ZAMORA

Rollo nº: RECURSO DE APELACIÓN 257/2016

Nº Procd. Civil : 610/2.015

Procedencia : Primera Instancia Nº 2 de ZAMORA

Tipo de asunto : PROCEDIMIENTO ORDINARIO.

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 207

Ilustrísimos/as Sres/as

Presidente

D. JESÚS PÉREZ SERNA.

Magistrados/as

D. PEDRO JESÚS GARCÍA GARZÓN

D^a. ANA DESCALZO PINO.

En la ciudad de ZAMORA, a cuatro de Noviembre de dos mil dieciséis.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº **610/2.015**, seguidos en el JDO. 1A. INST. Nº 2 de ZAMORA, RECURSO DE APELACION (LECN) Nº **257/2016**; seguidos entre partes, de una como apelante D^a. **Sacramento**, representada por el Procurador D. DIEGO AVEDILLO SALAS, y dirigida por el Letrado D. MARCOS HERNÁNDEZ ROJO, y de otra como apelada la mercantil **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A. (BANCO CEISS)**, representada por el Procurador D. FRANCISCO TOMÁS ROBLEDO NAVAIS y dirigida por la Letrada D^a. ARACELI SANTAMARÍA SÁNCHEZ.

Actúa como Ponente, la Il^{ta}. Sra. **D^a. ANA DESCALZO PINO**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el JDO. 1A. INST. Nº 2 de ZAMORA, se dictó sentencia de fecha 3 de mayo de 2016 , cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por el procurador D. Diego Avedillo Salas, en nombre y representación de D^a Sacramento contra BANCO CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA (BANCO CEISS), ABSUELVO a la parte demandada de todos los pedimentos de la demanda, con imposición de costas a la parte demandante".

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo y, no habiéndose celebrado vista pública ni solicitado práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo, señalándose el día 3 de noviembre de 2016.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zamora, con competencia en materia mercantil, se dictó sentencia en fecha 3 de mayo de 2016 , que desestima las pretensiones esgrimidas en el escrito de demanda, al entender que en el supuesto de autos no nos hallamos ante una condición general de la contratación, con lo que no cabe el control de abusividad, ni siquiera en la faceta de control de transparencia, pues existió un acuerdo con el banco, y éste fue precisamente la rebaja del suelo que se pactó entre ambas partes en documento privado de la misma fecha que la escritura de subrogación del préstamo hipotecario.

Ante tal pronunciamiento, la representación procesal de la demandante, interpone recurso de apelación, con la pretensión de que se revoque la sentencia del juzgado y se acceda a lo solicitado en su demanda, nulidad de la cláusula suelo contenida en la escritura de compraventa con subrogación del préstamo hipotecario, al entender que la misma resulta abusiva, pues con independencia de la posible superación de los controles de inclusión, aquella no reúne los requisitos exigidos tanto por la normativa aplicable como por la Jurisprudencia dictada al efecto del control de transparencia, desconociendo la actora el que dicha cláusula era definidora del objeto principal del contrato. Por ello, y con independencia de la confusión existente entre las escrituras públicas que contienen dichas cláusulas y sus modificaciones, la subrogación en el préstamo de la promotora y el tipo de interés mínimo de aplicación fijado para dicho préstamo, es lo cierto que dicha cláusula fue impuesta, no cumpliendo los criterios o requisitos exigidos que vienen fijándose por la Jurisprudencia para superar el control de transparencia señalado.

Por parte de la demandada se presenta oposición al recurso de apelación al entender que la sentencia recurrida es totalmente conforme a derecho. Mantiene que la cláusula controvertida, modificada al tipo del 2,50% el mismo día de la escritura de compraventa con subrogación, supone el conocimiento pleno por las partes de lo que la cláusula significaba y la negociación habida entre las mismas, por lo que tal y como señala el Juez en la instancia no nos encontramos con una Condición General de la Contratación, siendo una cláusula válida y eficaz.

SEGUNDO.- No se comparte de Fundamentación Jurídica contenida en la sentencia de instancia.

Vista la controversia que traen las partes a la presente alzada debe esta Sala, si bien de forma somera por ser un extremo manifiestamente conocido por las mismas, declarar que la transparencia, en relación al objeto principal del contrato, garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del **consumidor** en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el **consumidor** tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto (SSTS 406/2012, de 18 de junio ; 221/2013, de 11 de abril y 241/2013, de 9 de mayo). Y también de forma muy resumida diremos que la exigencia de transparencia por parte del Tribunal Supremo tiene un doble contenido: el primero, relativo a cómo se incorpora esa cláusula al contrato y si la misma, en sí misma considerada, es o no clara, control de oficio que tiene su encaje legal en el citado artículo 5.5 de la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación a cuyo tenor "la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez", y también de su art. 7, que nos dice que "no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (...)" . Superado ese primer nivel, pasamos al segundo en el que se examinará qué información se le dio al cliente



tanto de forma previa como en el momento de la contratación para determinar si éste era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas de la inclusión de tal cláusula en el contrato.

Y siguiendo estos parámetros, revisada la redacción de la cláusula diremos que siendo cierto que su redacción no es oscura ni ambigua pues nos dice "En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,50% ni inferior al 2,50%", una vez operada la modificación del mínimo aceptada por la Caja en documento privado en la misma fecha del otorgamiento de la escritura pública de compraventa y subrogación. Los términos en que se recoge dicha limitación son comprensibles para cualquier persona con una cultura bancaria media, mas no lo es el que el **consumidor** llegue a conocer la trascendencia que dicha cláusula va a tener en la vida del contrato, de tal forma que la misma va a convertir un préstamo otorgado a un interés variable en un interés fijo durante la duración del préstamo.

Consecuencia de lo anterior es que aunque considerásemos que el primer control hubiera sido superado, ocurre que la cláusula analizada no supera el segundo control, el de la información previa a la contratación facilitada al contratante para asegurar la comprensibilidad real de la cláusula discutida. No se ha acreditado en absoluto por la demandada, que es sobre quien recae la carga de la prueba, que se facilitara dicha información con carácter previo a la firma por la demandante de la subrogación en el préstamo hipotecario, modificado en el año 2.007, suscrito por la promotora. Ante esta falta de prueba que incumbe a la entidad bancaria en ordinaria aplicación del art. 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de **Consumidores** y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, solo cabe presumir que dicha información no existió. Y si faltó dicha transparencia, la cláusula es abusiva y tiene sanción de nulidad ex art. 83 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 y otras leyes complementarias .

En cualquier caso, como ya hemos dicho en ocasiones anteriores, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994 es 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". Visto el tenor literal de la norma, no nos ofrece duda que la subrogación de una persona física -que pasa a ser el prestatario- 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 2.012 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, la ahora demandante 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 una ni otra, el contrato adoleció de falta de transparencia. El Tribunal Supremo da importancia al cumplimiento de las prescripciones de la citada Orden Ministerial para establecer si el adherente ha tenido oportunidad real de conocer las condiciones del préstamo de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (parágrafos 202 y 203 de la Sentencia de 9 de mayo de 2.013) a efectos de lo dispuesto en el art. 7 de la LGCGC, precepto que, como ya se ha dicho, dispone que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato.

TERCERO.- Establecido lo anterior procede ya examinar el verdadero hecho controvertido entre las partes, y que ha llevado al Juzgador a entender que en el presente supuesto no nos encontramos ante una Condición General de la Contratación, ante la modificación del tipo de interés mínimo pactada entre las partes en la misma fecha del otorgamiento de la escritura pública de venta con subrogación, que rebaja dicho interés del 3,50 al 2,50%; modificación esta que lleva a la conclusión, en la instancia, de la existencia de una negociación individual y por ello no sometida a la normativa que se viene examinando.



No puede compartirse la conclusión alcanzada en la sentencia recurrida de no tener en este caso la cláusula suelo litigiosa la naturaleza de condición general de la contratación y, para ello basta con recordar que, sobre este extremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse el TS en su conocida sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2.013 , en doctrina que reitera la más reciente de 8 de septiembre de 2.014, esta última contemplando precisamente supuesto de subrogación, para negar que ello por si solo puede considerarse obstáculo a su consideración de condición general de la contratación, en cuanto esta viene definida por el proceso seguido en cada caso para su inclusión en el contrato de que se trate". Se parte en el supuesto analizado de una cláusula impuesta, utilizada en la práctica totalidad de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, generalidad que no desaparece por el hecho de que el mínimo o máximo variase en unos u otros, ni que en este caso concreto se procediera a rebajar el establecido para la promotora. Lo relevante para calificarla de condición general de la contratación es el hecho de que se utilizase de modo generalizado por una de las partes del contrato, al ser una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos, que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente, pues la misma procedía del crédito hipotecario suscrito con la promotora en el que la actora se iba a subrogar, siendo una cláusula impuesta por la entidad crediticia que aun cuando varió a la baja para esta clienta la establecida con la promotora, su inclusión no se ha demostrado haber superado los controles señalados, que en lo que a este supuesto se refiere lo es del control de transparencia, toda vez que por mucho que se afirme que en el presente supuesto hubo modificación del tipo mínimo, no se ha logrado acreditar el grado de conocimiento del cliente sobre la incorporación de dicha cláusula y las consecuencias jurídicas y económicas que conllevan su aceptación, puesto que existe una falta absoluta de prueba imputable a la apelada del conocimiento que la apelante tuviera de la incorporación de la cláusula suelo con modificación del interés mínimo, desconociéndose en qué modo fue negociada ni de qué forma se informó a la clienta sobre las consecuencias del pacto controvertido durante toda la vida contractual, ni se ha aportado oferta vinculante suscrita por la demandante, ni se ha aportado simulación de escenarios posibles, habiendo creado una apariencia de un contrato de préstamo a interés variable cuando en realidad lo pactado, como se desprende de la evolución de los tipos de interés, es un contrato de préstamo a interés fijo.

Consecuencia de todo lo expuesto es que el presente recurso deba ser estimado, al entender que la cláusula discutida es una condición general de la contratación y es una cláusula abusiva y por ello nula al no haber superado el control de transparencia, lo que supone la estimación de la demanda interpuesta.

CUARTO. - Las costas de la instancia se imponen a la demandada al haber sido estimada la demanda en esta instancia, art 398 en relación con el art. 394 de la LEC .

No se hace expresa imposición de costas del presente recurso, art 398 de la LEC ., devolviéndose, en su caso, el depósito constituido para recurrir a la parte que lo consignó.

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de SM. el Rey,

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso interpuesto por la representación procesal de la actora, Doña Sacramento frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de esta ciudad de fecha 3 de mayo de 2016 , revocando la misma y dejándola sin efecto, y en su lugar ACORDAR, haber lugar a estimar la demanda interpuesta por aquella frente a BANCO CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA (BANCO CEISS, declarando la NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO, contenida en la escritura pública de compraventa con subrogación en la hipoteca de fecha 10 de junio de 2.010 y documento de la misma fecha de modificación del tipo de interés, por el que el suelo del tipo de interés variable quedaba establecido en un 2,50%; condenando a la entidad demandada a realizar nuevo cálculo de todas las cuotas del crédito hipotecario desde el 9 de mayo de 2.013, sin tener en cuenta la cláusula anulada y a abonar a la demandante la diferencia entre lo efectivamente ingresado por ellos y lo que resulte del recálculo.

Las costas de instancia se imponen a la parte demandada.

No se hace expresa condena sobre las costas del presente recurso de apelación.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir a la parte que lo consignó.

Contra esta sentencia, que no es firme, cabe recurso de casación ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo por interés casacional, cuyo recurso se interpondrá ante esta Sala en el plazo de veinte días contados desde la notificación de esta sentencia.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.



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 que fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente de la misma, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ