



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA
SECCIÓN TERCERA
RECURSO DE APELACIÓN Nº 986/2019
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 9 BIS DE GRANADA
ASUNTO: JUICIO ORDINARIO Nº 1430/2017
PONENTE SRA. MARÍA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ

SENTENCIA Nº 273

ILTMOS/A. SRES/A.
PRESIDENTE
D^a ANGÉLICA AGUADO MAESTRO
MAGISTRADAS
D^a MARÍA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ
D^a MARÍA DOLORES SEGURA GONZÁLVEZ

Granada a 13 de mayo de 2020

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial ha visto el recurso de apelación nº 986/2019, en los autos de juicio ordinario nº 1430/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 bis de Granada, seguidos en virtud de demanda de D. [REDACTED] representados por la procuradora D^a Carolina Cuadros López y defendidos por el letrado D. Pedro José Amate Joyanes; contra **Bankia SA**, representado por el procurador D. Jesús Roberto Martínez Gómez y defendido por la letrada D^a M^a Expiración Jiménez Salguero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en 27 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“Que ESTIMANDO parcialmente la demanda interpuesta por D. J. [REDACTED] frente a la entidad BANKIA, S.A., debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula financiera H), relativa a los intereses de demora, contenida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha de 5 de mayo de 2008, otorgada ante el Notario D. Javier Oyarzum Landeras, al núm. 1108 de su protocolo, debiendo tenerla por no puesta.

Que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de los restantes pedimentos efectuados en su contra.





Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO: Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante mediante escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso al mismo. Una vez remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial, fueron turnadas a esta Sección Tercera el pasado día 2 de octubre de 2019 formado rollo, por providencia de 14 de octubre de 2019 se señaló para votación y fallo el día 30 de abril de 2020, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

Siendo Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada D^a MARÍA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En la demanda presentada el 7 de septiembre de 2017 se ejercita una acción individual destinada a que se declare la nulidad de la cláusula suelo y de la cláusula de intereses de demora, incorporadas al contrato de préstamo otorgado el 5 de mayo de 2008, y del documento privado suscrito el 4 de septiembre de 2015, condenando a la entidad demandada a devolver las cantidades abonadas de más en concepto de intereses más los intereses legales.

La sentencia dictada en primera instancia estima parcialmente la demanda, declarando la nulidad de la cláusula de intereses de demora dado el allanamiento de la demandada y la validez de la cláusula suelo al considerar que los demandantes no actuaron como consumidores al no haberse justificado a que se destinó el capital objeto del préstamo.

Frente a dicha resolución, la parte demandante interpone recurso de apelación alegando la infracción del art. 3 TRLGDCYU y art 2 b) Directiva 93/13 y la no superación de los controles de incorporación y transparencia. Finalmente alega error en la valoración de la prueba con relación al documento privado de 4 de septiembre de 2015.

La parte demandada-apelada no se opuso al recurso interpuesto.

SEGUNDO: La principal cuestión controvertida en esta segunda instancia es la determinación de la condición de consumidores de los prestatarios en el contrato de préstamo cuya cláusula suelo es objeto de impugnación. Para resolver esta cuestión debemos de partir de la STS nº 356/2018, de 13 de junio resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor recogida en la





STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems), y establece las siguientes pautas:

"(i) El concepto de "consumidor" debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

(ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

(iii) Dado que el concepto de "consumidor" se define por oposición al de "operador económico" y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de "consumidor"

(iv) Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato".

En el caso de autos, la entidad financiera demandada fundamenta la condición de no consumidor de la parte prestataria en el hecho de que en la escritura de préstamo se hace constar que su finalidad era la "rehabilitación y mejoras de inmovilizado". Esta alegación no constituye en sí misma una base objetiva para negar a los prestatarios la condición de consumidor en el momento de contratación del crédito, y ello porque, si bien el término de inmovilizado suele estar vinculado a al lenguaje empresarial, en la solicitud de operación de activo consta que los prestatarios eran ama de casa y trabajador eventual de la construcción sin que se haya alegado ni justificado que desarrollaran una actividad mercantil.

En este sentido se pronunció la sala en la sentencia de 23 de julio de 2018 (rollo 766/2018) "Por tanto, que el dinero prestado no fuera destinado a bienes de primera necesidad es irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor. Para que el contrato esté excluido del ámbito tuitivo de la normativa





de protección de consumidores por razones subjetivas es necesario no sólo que el adherente sea también profesional o empresario, sino que, siendo una persona física, conste que la celebración del contrato se realice en calidad de tal empresario o profesional, por destinar el objeto del contrato a su actividad comercial, empresarial o profesional, valga la redundancia”

La posición jurisprudencial más restrictiva en esta materia sostiene que corresponderá al demandante la carga de probar que actuó como consumidor en la contratación siempre que esta condición haya sido controvertida por el predisponente con cierta base objetiva en la negación de dicho (SAP de La Coruña de 17 de octubre de 2017, SAP de Pontevedra, sec. 1ª, de 19 de enero de 2016, AAP de Córdoba de 19 de febrero de 2016, o SAP de Madrid, sec. 28ª, de 20 de octubre de 2017). En el caso de autos, falta este presupuesto para proceder a la inversión de la carga de la prueba, pues la parte demandada se limita a alegar que la finalidad del préstamo fue la reforma y mejora de inmovilizado, circunstancia que no constituye por sí misma un elemento que desvirtúe la condición de consumidor si no va acompañado de la alegación de que estos activos estaban destinados a una actividad empresarial o profesional, por tanto, no podemos apreciar que exista una base objetiva suficiente para invertir la carga de la prueba y que sea la parte demandante la que deba acreditar su condición de consumidor.

Por todo ello, una vez afirmada la condición de consumidores de los demandantes debe estimarse en este punto el recurso de apelación procediendo resolver sobre la validez de la cláusula suelo incorporada a la escritura de préstamo hipotecario de 5 de mayo de 2008.

TERCERO.- Comenzando por el análisis de la validez de la cláusula suelo objeto de impugnación. Con carácter previo, ante la insuficiencia de los medios de prueba propuestos por la demandada, en aras a acreditar el carácter negociado de la cláusula, debemos afirmar que nos encontramos ante una condición general de la contratación. En este sentido es de aplicación al caso de autos lo dispuesto en la STS de 29 de noviembre de 2017 que sintetiza la doctrina jurisprudencial consolidada sobre la materia de la siguiente forma:

a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.





d) *La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.”*

Una vez declarada el carácter de condición general de la contratación de la cláusula impugnada ha de ser sometida al control de transparencia establecido en la STS de 9 de mayo de 2013, debiéndose concluir que, analizada la prueba practicada, no puede entenderse superado el doble filtro de transparencia en los términos establecidos por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Las SSTs de 9 de marzo de 2017 y de 8 de junio de 2017 ponen de relieve que, ante el ejercicio de acción individual, incumbe al Banco probar que con anterioridad a la contratación suministró una información clara y precisa sobre la existencia de la cláusula suelo y la trascendencia que la misma tenía sobre el contrato, sin que la determinación de la carga probatoria, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales señalados, implique indefensión.

Como señala la STS de 24 de noviembre de 2017 *“Tanto la jurisprudencia comunitaria, como la de esta sala, han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar”, casando la sentencia recurrida por no haber “tomado en consideración este criterio, pues no ha dado trascendencia a que no se hubiera proporcionado al demandante, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la cláusula suelo”.*

En los mismos términos se expresa la STS de 1 de diciembre de 2017, recordando que: *“el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga «antes de la celebración del contrato» de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dicha celebración. De forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo”.*

La parte demandada no justifica la entrega de oferta vinculante ni otro tipo de información precontractual pues el certificado de concesión no está firmado por los prestatarios. Como recuerdan las recientes STS de 10 de abril y 23 de marzo de 2018, con cita de la STS de 1 de diciembre de 2017, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece, con conocimiento del consumidor del efecto que sobre el precio del préstamo podía operar la limitación del interés variable por debajo.

En todo caso, no se ha practicado prueba alguna que permita acreditar cual fue la información que los prestatarios recibieron sobre el verdadero alcance de la cláusula impugnada.





Por todo lo expuesto, y en la medida que concurren los seis signos reveladores de la falta de transparencia de las cláusulas suelo establecidos por la STS de 9 de mayo de 2013, ha de considerarse suficiente para concluir que la entidad demandada no informó perfectamente a los demandantes de que, en el caso de bajar el índice de referencia, su préstamo se convertiría, de facto, en un préstamo a interés fijo en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio, por lo que el mismo no pudo comprender de modo real el alcance y repercusión que la cláusula tendría en el futuro.

No habiendo superado la cláusula impugnada el control de transparencia establecido por la jurisprudencia consolidada de nuestro Tribunal Supremo, procede declarar la nulidad de la cláusula limitativa del interés variable que se contiene en la escritura pública de préstamo hipotecario autorizada por el Notario de Motril D. Javier Oyarzun Landeras con n.º de protocolo 1108 el 5 de mayo de 2008.

Conforme a la doctrina fijada en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 posteriormente asumida por la STS de 24 de febrero de 2015 la consecuencia de la nulidad de la cláusula suelo debe ser la restitución a la parte actora de las cantidades que se hubiesen cobrado en exceso respecto al interés variable pactado como consecuencia de la cláusula declarada nula, más los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

CUARTO.- A continuación procede analizar la solicitud de nulidad del contrato privado suscrito el 4 de septiembre de 2015 por el que se modificaba el tipo de interés, aplicando un tipo fijo del 4% hasta el mes de noviembre de 2015 y, a partir de este momento, se suprimía el tipo mínimo.

La parte actora sostiene en la demanda que el contrato privado no tiene eficacia convalidante. Esta sala conviene con la demandante que, en la medida que no se incluye un pacto transaccional por el que se renuncie al ejercicio de la acción de nulidad a cambio de la supresión o disminución del tipo mínimo aplicable al préstamo, en ningún caso podemos apreciar que estemos ante un acto inequívoco expresivo de la voluntad de convalidación o confirmación de tal estipulación. Por tanto, la mera existencia de un pacto para la supresión o rebaja de la cláusula suelo, no impide que pueda declararse la nulidad de pleno derecho desde su concertación inicial, sin que tal convenio permita convalidar la estipulación.

Ahora bien, no cuestionándose que las cláusulas del contrato privado aportado junto a la contestación a la demanda están prerredactadas por la entidad financiera, para declarar la ineficacia del contrato la parte actora debería haber invocado las razones que determinan que el acuerdo no sea transparente, pues el hecho de que la cláusula fuera impuesta no implica per se que incumpla los requisitos de transparencia y ningún problema de comprensión puede apreciarse en la fijación de un tipo de interés fijo del 4% durante un determinado periodo de tiempo y la supresión a partir de entonces del tipo mínimo. En este sentido se ha





pronunciado la reciente STS de 13 de septiembre de 2018 en el que se hace constar que la declaración de nulidad de una cláusula suelo “...sin perjuicio de que la cláusula afectada se tenga por no puesta, no debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hacía, fruto de una negociación convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta sea fruto de un consentimiento viciado”.

Por tanto, no ha lugar a estimar la pretensión de nulidad del acuerdo privado de 4 de septiembre de 2015 sin perjuicio de que debe ser tenido en cuenta en la determinación del cálculo de las cantidades indebidamente abonadas por la cláusula suelo contenida en la escritura de préstamo hipotecario que sí ha sido declarada nula.

QUINTO.- Al haberse estimado parcialmente el recurso no procede imponer las costas devengadas en esta segunda instancia.

FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por D. contra la Sentencia 27 de febrero de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia 9 bis de Granada en los autos 1430/2017 reformando dicha resolución en el sentido de declarar la nulidad por abusiva de la cláusula suelo incorporada la escritura de préstamo hipotecario otorgado ante por el Notario de Motril D. Javier Oyarzun Landeras con n.º de protocolo 1108 el 5 de mayo de 2008 condenando a la entidad financiera a devolver las cantidades indebidamente abonadas por la aplicación de la cláusula suelo hasta la entrada en vigor del acuerdo de fecha 4 de septiembre de 2015, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

No procede imponer las costas devengadas en segunda instancia.

Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, a interponer ante este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS, siendo resuelto por la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo, plazo procesal que está en suspenso de conformidad con la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

el COVID-19 y que se reanuda y empezarán a contar los veinte días en el momento en que pierda vigencia el Real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."*

