

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
MURCIA

SENTENCIA: [REDACTED]

[REDACTED]
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 Fax: 968 229278

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JMJ

[REDACTED]
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION [REDACTED]
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.º II (BIS) de MURCIA
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Recurrente: BANCO MARE NOSTRUM SA

Procurador:

Abogado: MA [REDACTED]

Recurrido

Procurador: ROCIO BERNAL BARNUEVO, ROCIO BERNAL BARNUEVO

Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA, BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

Rollo Apelación Civil nº: [REDACTED]

	ILMOS. SRES.
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	PRESIDENTE
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	MAGISTRADOS

SENTENCIA N° [REDACTED]

En la ciudad de Murcia, a diecisiete de septiembre de dos mil veinte.

Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de procedimiento ordinario que con el número [REDACTED] se han tramitado en el Juzgado civil nº 11 bis de Murcia entre las partes como actora y apelada [REDACTED]

[REDACTED] representados por la Procuradora Sra. Bernal Barnuevo y dirigidos por el Letrado Sr. Giménez Ibarra; y como parte demandada y apelante la entidad de crédito "Banco Mare Nostrum" S.A. (hoy "Bankia" S.A.) representada por el Procurador [REDACTED] y dirigida por la Letrada [REDACTED]. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado [REDACTED] que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Civil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 3 abril 2019 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: **FALLO:** "Estimo la demanda presentada por [REDACTED]

[REDACTED] bajo la representación de la procuradora Rocío Bernal Barnuevo frente a Banco Mare Nostrum SA, representado por el procurador [REDACTED]

[REDACTED].
Declaro nula por abusiva la cláusula suelo contenida en la estipulación segunda de la escritura pública de préstamo



hipotecario de 26 de mayo de 2010. Condeno a la demandada a devolver las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo desde el inicio del préstamo con los intereses legales desde la fecha del cobro indebido. La suma a devolver por el banco resulta de restar, a la cantidad efectivamente cobrada, aquella que debería haber cobrado como consecuencia de calcular el interés remuneratorio del préstamo mediante la suma del euribor al diferencial convenido sin aplicar el suelo del 3,65%, más los intereses correspondientes.

Declaro nula por abusiva la cláusula segunda de intereses moratorios de la escritura pública de préstamo hipotecario de 26 de mayo de 2010.

Condeno a la demandada a pagar las costas procesales.".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada que lo basó en infracción del TRLGDCU y de la LCGC, e infracción de la doctrina de los actos propios y del retraso desleal y del pronunciamiento sobre costas. Se dio traslado a la otra parte que se opuso al mismo.

TERCERO.- Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo [REDACTED] señalándose para deliberación, votación y fallo el día 16 septiembre 2020.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia estima en su integridad la acción individual de condiciones generales de la contratación ejercitada por la parte actora [REDACTED] [REDACTED] contra la entidad de crédito "Banco Mare Nostrum" S.A. (hoy "Bankia" S.A.) tendente a que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés nominal aplicable (cláusula suelo), así como de la cláusula de interés de demora insertas en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria suscrita por las partes con fecha 26 mayo 2010 y que se condene a la demandada al reintegro a la parte actora de los intereses que hubiesen pagado por aplicación de la cláusula suelo y de su modificación posterior de 20 julio 2015 que habrán de determinarse en fase de ejecución de sentencia. Y con carácter subsidiario y si se estimase la validez del citado documento privado de 20 julio 2015 que se condene a dicha demandada al reintegro de los intereses indebidamente cobrados hasta la firma del referido acuerdo privado, que habrán de determinarse en fase de ejecución de sentencia con aplicación de intereses legales y paga de las costas.

La citada sentencia estima la nulidad de las referidas cláusulas suelo y de interés de demora y por otro lado estima la pretensión subsidiaria de reintegración y condena a la entidad de crédito a devolver a la parte actora las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de la cláusula suelo desde su inicio hasta la fecha del acuerdo privado. Se añade que la cantidad a devolver resulta de restar a la cantidad efectivamente cobrada, aquella que debería haber cobrado como consecuencia de calcular el interés remuneratorio del préstamo

mediante la suma del Euribor al diferencial convenido sin aplicar el suelo del 3,65% más los intereses correspondientes.

La mencionada entidad de crédito demandada muestra su disconformidad con el referido pronunciamiento judicial e interesa su revocación y el dictado de una nueva sentencia que desestime íntegramente la demanda. Se alegan los siguientes motivos de apelación: (i) Infracción de los artículos 82.2 del TRLGDCU y 1 de la LCGC dada la negociación de la cláusula suelo (ii) la negociación individual de la misma determina la exclusión del control de abusividad y la inaplicación del TRLGDCU; (iii) la cláusula suelo supera el doble control de transparencia; (iv) infracción de la doctrina de los actos propios y del retraso desleal y (v) pronunciamiento sobre costas.

SEGUNDO.- Concretadas en los indicados términos las distintas cuestiones impugnatorias suscitadas en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de todo lo actuado en los presentes autos, que no asiste razón a la parte recurrente en las pretensiones que plantea, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

Así y con respecto al primer motivo de apelación referido a la validez y eficacia de la cláusula suelo, la parte recurrente fundamenta dicha pretensión en la negociación individualizada de la misma, así como en el suministro de información bastante a la parte prestataria acerca de su funcionamiento. Se alega la superación del correspondiente doble control de transparencia.

Sin embargo, este Tribunal no comparte dicha pretensión.

Como hemos declarado en precedentes sentencias, en el análisis de este motivo de apelación tomamos como punto de

partida las recientes SSTs de 29 de enero de 2018 (reiterada en la de 23 de marzo) y 5 de abril y 22 de mayo de 2018, conforme a las cuales podemos sistematizar la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia en la cláusula suelo en los términos siguientes :

1º) el control de transparencia tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, de manera que cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente.

2º) en cuanto a su finalidad y razón de ser, tal y como lo afirma la sentencia 171/2017, de 9 de marzo:

«La ratio de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados.

[...]Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó».

3º) Que la condición general en la que se contiene la cláusula suelo sea clara, concreta y sencilla es relevante para que la misma pueda considerarse incorporada al contrato, pero no basta para considerar que la condición general sea transparente, en el sentido que a este requisito da la jurisprudencia del TJUE y el Tribunal Supremo (STS 5 de abril 2018)

4º) la importancia fundamental para el consumidor de la información precontractual con la antelación mínima suficiente. Señala la citada jurisprudencia :

"Esta información precontractual es especialmente relevante en este tipo de contratos en que la escritura de préstamo hipotecario se otorga por el prestatario al mismo tiempo en que firma la escritura de compra del inmueble, cuyo pago es objeto de financiación. De tal forma que, aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para buscar otro tipo de financiación, con la misma o con otra entidad, sin frustrar la compra concertada para ese día. Es por ello que la información precontractual cumple una función tan relevante.

[...]Bastaba que se acreditara que la información contenida en la cláusula «TERCERA bis» le había sido comunicada y explicada a la prestataria con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura, para que hubiera decidido optar por esa concreta financiación con conocimiento del efecto que sobre el precio del préstamo podía operar la limitación del interés variable por debajo."

Como ya anticipaba la STS 8 de junio de 2017

[...] que la intervención del notario, al final del proceso no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base



en una información inadecuada, pues si lo hace, no podría pagar el precio de aquello que acaba de comprar y para cuyo pago precisa la suma del préstamo (STS de 24 de marzo de 2015)

Información que debe ser comunicada y explicada al prestatario con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura, "... que es algo más que poner a disposición de los prestatarios el borrador de la escritura pública de préstamo hipotecario" (STS 29 de enero de 2018)

Ideas que reitera la STS de 22 de mayo de 2018 al decir que:

"la mera lectura por el notario de la escritura pública y, en su caso, el acceso de los prestatarios a la minuta de dicha escritura, dentro de los tres días previos a su firma, no colman por sí solos los especiales deberes de transparencia que incumben al predisponente "(remarcado añadido)

5º) la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos su cumplimiento (STS 464/2013, de 8 de septiembre, y 367/2017, de 8 de junio, que puntualiza lo dicho en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo)

6º) el solo cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa administrativa bancaria (Orden de 5 de mayo de 1994, después ampliadas sus exigencias informativas por la Orden de 28 de octubre de 2011) no es bastante por sí sola para afirmar que la cláusula es transparente (STS 9 de mayo de 2013 y STS de 23 de diciembre de 2015)

En la sentencia 241/2013, de 9 de mayo se declaraba ya que

"[...] la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato [...] La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su

ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor».

Entendemos a tenor de lo expuesto que en este caso ninguna prueba relevante se ha aportado por la entidad recurrente que permita fundamentar de forma clara y precisa que los consumidores habían recibido puntual información sobre el funcionamiento de la cláusula y que por tanto estuviesen debidamente informados y en condiciones de advertir y percatarse de la carga jurídica y económica que implicaba el juego de la cláusula como reiteran las STS 9 mayo 2013 y 12 junio 2017. Obsérvese que ni siquiera consta que la entidad bancaria efectuara simulaciones de escenarios diferentes que permitieran a la parte prestataria conocer el funcionamiento y comportamiento de la cláusula suelo con la finalidad de obtener así una información puntual sobre los riesgos que comporta.

Es evidente en consecuencia, como así hemos declarado en precedentes sentencias sobre casos similares, que dicha cláusula no supera ese imprescindible doble control de transparencia, lo que determina la declaración de su abusividad porque en definitiva ha sido impuesta por la entidad predisponente, es contraria a la buena fe y esencialmente genera en perjuicio de los consumidores un importante y relevante desequilibrio de los derechos y obligaciones asumidos contractualmente.

Procede la desestimación de este motivo de apelación.

TERCERO.- En idéntico sentido desestimatorio cabe pronunciarnos en relación con el siguiente motivo de recurso relativo a la infracción de la doctrina de los actos propios y del retraso desleal. Y ello se afirma así porque dicha infracción se alega por primera vez en esta fase de apelación, no habiéndose formulado en la instancia y en concreto en el correspondientes escrito de contestación a la demanda. Por tanto, se infringe el principio general "in appellatione nihil innovetur" y asimismo la naturaleza de nuestro recurso de apelación que a tenor de lo expuesto en la Exposición de Motivos de la LEC se configura como una "revisio prioris instantiae" y no como un "novum iudicium".

Procede su desestimación.

CUARTO.- Finalmente debemos desestimar también la discrepancia de la entidad de crédito con respecto al pronunciamiento sobre costas.

Dicha parte fundamenta su pretensión en la existencia de una estimación parcial de la demanda dada que la acción de restitución de cantidades indebidamente cobradas no ha sido acogida en su totalidad.

Como decimos no compartimos tal planteamiento.

Y ello se afirma así porque de un lado se ha estimado íntegramente la acción de nulidad por abusivas de cláusula suelo y de la cláusula de interés de demora, y asimismo se ha estimado la pretensión subsidiaria sobre la restitución de las cantidades indebidamente cobradas. Como este Tribunal ha declarado en precedentes sentencias, así en las de 21 junio 2018 y 21 febrero 2019, entre otras, siguiendo la doctrina del TS (SSTS 14 sept 2011 y 17 marzo 2016)... *"la estimación de una pretensión subsidiaria o alternativa implica una estimación plena de la demanda, un supuesto de vencimiento total que conlleva la imposición de costas a la demandada"*.

Además la STJUE de 16 julio 2020 declara que ...*"el artículo 6 apartado 1 ,y el artículo 7 apartado 1, de la Directiva 93/13 así como el principio de efectividad deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo."*

Procede la desestimación de este motivo de apelación y por tanto también la desestimación del presente recurso.

QUINTO.- Dicha desestimación del recurso determina la imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta alzada (art. 398 LEC).

Vistas las normas de aplicación.

F A L L A M O S

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador [REDACTED] en representación de la entidad de crédito demandada "Banco Mare Nostrum" S.A. (hoy "Bankia" S.A.) contra la sentencia dictada por el Juzgado Civil nº 11 bis de Murcia en el procedimiento ordinario nº [REDACTED], debemos **CONFIRMAR íntegramente** la misma, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta alzada.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir al ser desestimado el recurso, debiéndose dar al mismo el destino legal pertinente.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artº. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que contra ésta cabe interponer los recursos de casación y extraordinario por



infracción procesal en los términos del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artº. 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, previo depósito de la cantidad de 50 €, en el plazo de veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala (BANESTO, en la cuenta de este expediente 3107), debiendo acreditar el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1, 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009 y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rolló de apelación.

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