

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
MURCIA**

SENTENCIA: [REDACTED]

Modelo: N10250
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, N° 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 Fax: 968 229278
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGG

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 DE SANTANDER SA
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: ROCIO BERNAL BARNUEVO, ROCIO BERNAL BARNUEVO
Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA, BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

ILMOS. SRES.

Don Carlos Moreno Millán

PRESIDENTE

Don Juan Antonio Jover Coy

Doña Teresa Rizo Jiménez

MAGISTRADOS

SENTENCIA [REDACTED]

En la ciudad de Murcia, a cuatro de marzo de dos mil veintiuno.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia,
integrada por los Ilmos. Sres. expresados en el

encabezamiento, ha visto en grado de apelación los autos de **Juicio Ordinario** [REDACTED] que, en primera instancia, se han seguido en el **Juzgado de Primera Instancia nº. 11 bis de Murcia** entre las partes: como parte demandante, [REDACTED] representado/a en la instancia por el/la Procurador/a de los Tribunales D./D^a. Rocío Bernal Barnuevo y asistido/a por el/la Letrado/a D./D^a Don Bartolomé Giménez Ibarra y como parte demandada, la mercantil BANCO DE SANTANDER S.A. (antes Banco Popular S.A.) representado/a en este Rollo por el/la Procurador/a de los Tribunales [REDACTED] y asistido/a por el/la Letrado/a [REDACTED]

En esta alzada actúa como apelante la demandada y como apelada la demandante siendo Ponente la Iltma. Sra. Doña Teresa Rizo Jiménez, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por el Juzgado de Primera Instancia número 11 bis de Murcia, en los referidos autos se dictó Sentencia de fecha trece de diciembre de dos mil diecinueve cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que, ESTIMANDO INTEGRAMENTE LA DEMANDA formulada por el Procurador indicado, en la representación que ostenta, DEBO DECLARAR Y DECLARO NULAS POR ABUSIVAS LAS CLÁUSULAS RELATIVAS AL TIPO DE INTERES VARIABLE DE LAS ESCRITURAS DE PRESTAMO HIPOTECARIO DE 19 DE DICIEMBRE DE 2006 Y 16 DE MARZO DE 2009 y, en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO A BANCO SANTANDER, S.A. a restituir a la parte demandante la cantidad que resulte de la radical eliminación de la citada cláusula, desde que la suma del Euribor más el diferencial pactado haya sido inferior al tope de bajada del establecido en la citada cláusula hasta la última cuota devengada con aplicación de la citada

limitación, más intereses legales de esa cantidad indebidamente percibida desde su devengo (reducida en los intereses percibidos por el prestatario en cada liquidación).

Procede la condena en costas de la parte demandada".

Segundo: *Contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó con la suplica de que se dictara sentencia en la que, "estimando el recurso de apelación interpuesto por esta parte contra la citada sentencia, dicte una nueva por la que, revocando la resolución recurrida, desestime íntegramente la demanda interpuesta de contrario".*

Admitido a trámite por diligencia de ordenación, se dio traslado a la actora, emplazándola por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable.

Dentro de plazo, compareció la parte actora oponiéndose al recurso de apelación.

Previo emplazamiento de las partes para comparecer ante esta Audiencia Provincial, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación que ha quedado visto para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día tres de marzo de dos mil veintiuno su votación y fallo.

Tercero: En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La sentencia de instancia estima la acción de nulidad de la cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés (cláusula suelo) contenida en la escritura de subrogación-novación en préstamo hipotecario y en otra posterior de novación, suscritas por las partes, con los efectos restitutorios procedentes y con imposición de costas procesales a la parte demandada.

Frente a dichos pronunciamientos, la parte demandada-recurrente sostiene que la demanda debió desestimarse en cuanto a la cláusula de la primera escritura al tratarse de una subrogación en un préstamo previamente concertado con la promotora-vendedora, con la que se negociaron las condiciones de la operación, sin que la entidad bancaria esté obligada a informar al comprador que se subroga más allá de lo que consta en la propia escritura inicial, que el subrogado pudo consultar previamente a la subrogación.

En todo caso, considera que ambas cláusulas, tanto la de la escritura de subrogación de 19 de diciembre de 2006 como la de novación de 16 de marzo de 2009, fueron objeto de negociación, invocando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en SS. 489/2018, 361/2019 o 660/2019.

Finalmente, considera concurrentes serias dudas de derecho que justifican revocar el pronunciamiento condenatorio en costas procesales de la primera instancia.

Frente a dicho recurso, la parte actora-recurrida recuerda que no fue objeto de la demanda la cláusula suelo de la escritura de subrogación de 19 de diciembre de 2006 y que, en cuanto a la de novación de 16 de marzo de 2009, se trata de

una cláusula predispuesta, no negociada, pues, precisamente, es la misma cláusula que ya se contenía en la inicial. Niega, asimismo, que concurran serias dudas que enerven la aplicación del criterio del vencimiento.

Segundo.- En efecto, consta en la demanda que la cláusula suelo sometida a enjuiciamiento fue, exclusivamente, la contenida en la escritura de novación de 16 de marzo de 2009 y no la de la escritura de subrogación de 19 de diciembre de 2006 (probablemente por cuanto, en función de las condiciones pactadas, no llegó a aplicarse hasta que se suscribió la de 2009). En todo caso, no está de más recordar que la circunstancia de que se trate de una subrogación en un préstamo hipotecario ya suscrito anteriormente -normalmente, con la promotora-vendedora, como es el caso- no exime a la entidad bancaria de la obligación informativa frente al consumidor que se subroga.

En este punto, la STS. de 24 de noviembre de 2017 deja claro que "el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la

entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia".

Esta doctrina es reiterada en SSTs de 17 y 26 de enero de 2018 que insisten en que "el préstamo inicialmente concertado entre el banco y el promotor y la subrogación posterior por parte de un comprador-consumidor deben tener un tratamiento diferente. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en el préstamo hipotecario, es un contrato de consumo, está sometido al control de transparencia, que no se satisface con una invocación a la información que el consumidor pudo obtener por su cuenta". Tampoco es suficiente con que se haga constar que el nuevo prestatario «conoce y acepta las condiciones de todo lo pactado en la escritura de constitución del préstamo hipotecario antes reseñado», siendo necesario que la entidad bancaria "suministre información precisa y comprensible sobre los elementos esenciales del contrato, y en concreto sobre la existencia de una cláusula suelo que reduce drásticamente las posibilidades de que el prestatario se aproveche de los descensos del índice de referencia siendo reiterada la jurisprudencia que afirma que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente (SSTs de 5 y 20 de abril de 2017)".

Tercero. - Por lo que respecta a la alegación de negociación individualizada de la cláusula, tiene resuelto de forma reiterada el Tribunal Supremo (a título de ejemplo, STS de 29 de noviembre de 2017) que una cláusula es predispuesta y no negociada cuando el consumidor no puede influir en su supresión ni en su contenido de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a suscribir ese contrato. Por tanto, no habrá negociación si el cliente firma lo pre-redactado por el banco de manera unilateral, sin que pueda equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas sometidas, todas ellas, a condiciones generales de contratación, ni menos aún con la posibilidad de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios en las que cada uno de ellos predispone sus condiciones.

Y la carga de la prueba de que hubo negociación corre por cuenta del empresario, en este caso, el banco.

Así las cosas, no concurre en el presente caso ningún dato del que quepa inferir que la cláusula suelo que nos ocupa fuera objeto de negociación individualizada. Se trata, exactamente, de la misma cláusula suelo que se encontraba inserta en la escritura de subrogación de 19 de diciembre de 2006 (procedente, ya, del préstamo promotor) no habiendo sido objeto de modificación alguna.

Y es que la escritura de novación de 16 de marzo de 2009 llevó consigo una ampliación de plazo de amortización del préstamo, el establecimiento de un período de carencia de capital así como una modificación del tipo de interés (fijo durante cinco meses al 5,748% y, después, el variable consistente en Euribor más 1,75 puntos)., incrementándose, por tanto, el tipo de interés que venía rigiendo desde diciembre de 2007 (Euribor más 1 punto).

Pero, en cuanto a la cláusula suelo, se mantiene exactamente en las mismas condiciones iniciales, al tipo del 3,75% sin que, por ende, pueda si quiera presumirse que el prestatario hubiera tenido la oportunidad de influir ni en el mantenimiento -o no- de la cláusula suelo ni en sus condiciones. Por tanto, no estamos en presencia de un caso similar o paralelo al resuelto por la STS 660/2019.

En resumen, ni se alegan ni se justifican por la demandada las concretas circunstancias que caracterizan una verdadera y genuina negociación individual.

En este sentido y en coherencia con todo lo resuelto por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el concepto de "negociación individual", en la S. de 26 de enero de 2018 con cita de la de 17 de enero de 2018, entre otras, se rechaza, sin más consideraciones, dicha alegación de negociación en un supuesto, similar al que nos ocupa, de modificación de otras condiciones respecto de la escritura inicial advirtiendo que dicha modificación *"no supone ni que se negociara el resto de condiciones generales, en concreto la «cláusula suelo», ni que se informara adecuadamente de su existencia al nuevo prestatario"*.

No se alcanza a entender, sin ningún otro dato probatorio, que estemos en presencia de una cláusula negociada y no de una condición general de la contratación incorporada unilateralmente por la entidad demandada.

Cuarto.- En cuanto a las costas procesales de la primera instancia, no se aprecian serias dudas de derecho que justifiquen la enervación de la aplicación del principio del vencimiento sin que, según se ha expuesto, pueda presumirse una negociación individualizada de la cláusula suelo por el

solo hecho de que se trate de una escritura de novación en la que se modifiquen otras condiciones del préstamo inicial, sin más datos probatorios que la justifiquen.

Quinto.- La desestimación del recurso de apelación determina, por aplicación del art. 398 y 394 de la LEC, la imposición de costas procesales a la parte recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora [REDACTED] en nombre y representación de BANCO DE SANTANDER S.A. contra [REDACTED] [REDACTED] representados por la Procuradora Doña Rocío Bernal Barnuevo, contra la sentencia de trece de diciembre de dos mil diecinueve, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 bis de Murcia, en los autos de Juicio Ordinario número [REDACTED] debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia; con imposición de costas procesales de la apelación a la parte recurrente.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que esta resolución es firme al no haber recurso ordinario alguno contra ella, y ello sin perjuicio de que si la parte justifica y acredita la existencia de interés casacional contra dicha sentencia podría interponerse recurso



de casación en los términos del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta sección 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, 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 rollo de apelación.

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