

**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: 001

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

SENTENCIA NÚM. [REDACTED]

*Sección Cuarta
Rollo de Sala [REDACTED]*

**ILMOS. SRES.
D. CARLOS MORENO MILLÁN
PRESIDENTE
D. JUAN MARTÍNEZ PÉREZ
D. FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER
MAGISTRADOS**

En la ciudad de Murcia, a seis de mayo del año dos mil veintiuno.

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial el Juicio Ordinario número [REDACTED] que inicialmente se ha seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número Once Bis de Murcia entre las partes, como actores y ahora apelados [REDACTED] representados por la Procuradora Sra. de Bernal Barnuevo y defendidos por el Letrado Sr. Giménez Ibarra, y como demandada Banco Popular Español, S. A., (luego sucedida por Banco Santander, S. A.), ahora apelante, representada por la Procuradora [REDACTED] defendida la Letrada [REDACTED]. Siendo ponente don Francisco José Carrillo Vinader que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instancia citado con fecha 15 de enero de 2020 dictó en los autos principales de los que dimana el presente rollo la sentencia cuya parte dispositiva dice así: *"FALLO: Que estimando íntegramente la demanda formulada por la procuradora Doña Rocío Bernal Barnuevo en nombre y representación de [REDACTED] frente a Banco Popular Español SA, actualmente Banco Santander SA:*

1.-Se declara la nulidad de pleno derecho por abusiva de la cláusula suelo inserta en la estipulación séptima de la escritura de compraventa, subrogación y novación de 8 de abril de 2009, retrotrayéndose los efectos de esta declaración de nulidad ex tunc.

2.-Se condena a la parte demandada a la devolución a la parte actora de las cantidades indebidamente percibidas desde la aplicación de la cláusula suelo hasta la fecha de su efectiva eliminación e inaplicación, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia conforme a las bases indicadas en el fundamento de derecho tercero de esta resolución, en caso de que no procediese al cumplimiento voluntario de la presente resolución, con los intereses legales correspondientes desde la fecha de los respectivos abonos hasta su completa satisfacción.

3.-Se condena a la parte demandada al abono de las costas causadas en esta instancia."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, interpuso recurso de apelación Banco Santander, S. A., solicitando su revocación total con el dictado de nueva sentencia desestimando íntegramente la demanda inicial.

Después se dio traslado a la otra parte, quien presentó escrito oponiéndose al mismo, solicitando su desestimación.

Por el Juzgado se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, turnándose a la Sección Cuarta donde se registraron con el número de Rollo [REDACTED] Tras personarse las partes, por providencia del día 17 de marzo de 2021 se señaló el día de ayer para la votación y fallo de la causa, que ha sido sometida a deliberación de la Sala.

TERCERO.- En la sustanciación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- [REDACTED] plantean demanda de juicio ordinario contra la entidad prestamista, Banco Popular, S. A., sucedida por Banco Santander, S. A., para que se declare nula la cláusula suelo establecida en la escritura notarial de compraventa, subrogación y novación en préstamo con garantía hipotecaria y novación otorgada 8 de abril de 2009, reclamando la cantidad indebidamente cobrada por la aplicación de dicha cláusula, más intereses y costas.

La demandada contestó oponiendo que se trataba de una subrogación en un preexistente préstamo hipotecario y que la cláusula era válida al haber sido negociada (hubo una novación precedida de negociación) y transparente, por lo que interesa la desestimación de la demanda.

Se dicta sentencia que, estima la demanda, declarando la nulidad de la comentada cláusula por falta de transparencia.

Contra la sentencia Banco Santander, S. A., plantea recurso de apelación, en el que sostiene que la juzgadora no ha tenido en consideración las circunstancias del caso concreto que acreditan que la cláusula ha sido transparente, y que fue negociada porque estamos ante un supuesto de compraventa con subrogación hipotecaria y por ello no le corresponde a ella informar de la cláusula suelo, pues no interviene en la compraventa, y sería el vendedor (una persona jurídica) quien debía informarle de la misma, y, en todo caso, porque hubo negociación, al haber novación, con variación de la cláusula suelo, por lo que procede declarar la validez de la cuestionada cláusula. Por todo ello, interesa la revocación de la sentencia y el dictado de otra que desestime íntegramente la demanda. Subsidiariamente interesa que no se le impongan las costas por concurrir dudas de derecho.

Del recurso se dio traslado a la parte contraria que se ha opuesto, sosteniendo el acierto de los pronunciamientos de la sentencia en la fijación de los hechos, en la invocación y aplicación de las normas jurídicas y en los pronunciamientos alcanzados, por lo que interesa su confirmación.

SEGUNDO.- De la cláusula suelo

A) Defiende la recurrente la validez de la cláusula suelo en primer lugar porque no intervino en el contrato posterior de compraventa y subrogación, pues la cláusula suelo se creó en un anterior contrato con una empresa (la promotora de la construcción de la vivienda), no siendo de aplicación las normas protectoras de consumidores, por lo que la obligación de informar al comprador de las condiciones financieras del préstamo en el que se subrogaba era de la vendedora, no de la prestamista, que no intervenía en el segundo contrato.

Este motivo no puede prosperar porque en la escritura pública de fecha 8 de abril de 2009 sí intervino la prestamista, entonces Banco Popular Español, S. A., debidamente representada por dos apoderados

que no solo aceptan la subrogación de los compradores en la hipoteca y préstamo afectante al inmueble, sino que, además, amplían y novan modificativamente el préstamo. También se establece una serie de comisiones a cargo de los nuevos prestatarios y la asunción de los gastos que genera la nueva operación.

Por lo tanto, no es cierto que no haya intervenido en el comentado contrato, y no lo hace sólo a efectos de aprobar la subrogación de los nuevos deudores en la hipoteca ya existente, sino que conviene con los nuevos prestatarios pactos que modifican alguno de los términos del préstamo hipotecario anterior, aunque no la cláusula suelo-techo, que ni siquiera aparece mencionada entre las referencias a los intereses a que venía obligada la anterior prestataria, y su mención sólo es respecto de las condiciones para los nuevos prestatarios, lo que desmiente que se negociara una variación de la inicial cláusula suelo cuya existencia no se acredita.

Tampoco es cierto que la entidad hipotecante no esté obligada a informar a los nuevos prestatarios, al ser consumidores, de las condiciones financieras del préstamo. Tal obligación

es de la prestamista máxime cuando no se ha limitado a autorizar la subrogación, sino que ha modificado las condiciones financieras y es quien ha predispuesto, redactado e impuesto dichas cláusulas en el presente caso, por lo que está legitimada pasivamente *ad causam* para ser demandada en el presente procedimiento, como reiteradamente viene señalando la jurisprudencia. En este sentido la STS de 24 de noviembre de 2017, referida precisamente a la cláusula suelo), ya establecía: “...debe precisarse que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que éste se subrogue 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, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato (...) Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar 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”.

En la misma línea, como más recientes las SSTS 21/2018, de 17 de enero, 519/2018, de 20 de septiembre y 93/2019 de 14 de febrero, entre otras muchas.

Por todo ello, debe concluirse que la obligación de informar ampliamente de las condiciones financieras del préstamo es de la entidad financiera cuando los prestatarios son consumidores, como es este caso, y no se ha cumplido con la misma.

B) La apelante sostiene que la cláusula suelo es transparente porque hubo negociación al tratarse de una novación de las condiciones financieras, y menciona las SSTS 489/2018, de 13 de septiembre.

Tampoco este motivo puede ser atendido. Si se examina la novación llevada a cabo consiste en la ampliación del capital prestado y del plazo de amortización, previendo un breve periodo de tipo fijo y luego una variable (Euribor más 1'15%, con diversas bonificaciones), así como un máximo y un mínimo. En ningún caso estamos en lo supuestos de las sentencias mencionadas por la apelante, pues no se rebajó la cláusula suelo inicial, luego no hay indicios de que fuera negociada, sino impuesta.

Como señala la STS 334/2018, de 4 de junio que parte de la tesis establecida en la anterior sentencia mencionada (“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”), el requisito de transparencia de la cláusula suelo impide estimar su validez en este caso. La sentencia comentada establece en su FJ Tercero, apartado 6:

6.- En cuanto a la posibilidad de conocimiento de la cláusula por la mera subrogación, ya hemos dicho que la sucesión contractual no relevaba a la entidad financiera de su deber de transparencia.

Pero es que, aun suponiendo que los compradores hubieran tenido acceso a la escritura de préstamo entre la entidad prestamista y el vendedor, no basta con la simple claridad gramatical. Parece que la sentencia recurrida considera que el mero control de incorporación de los arts. 5 y 7 LCGC es suficiente para que la cláusula pueda pasar también el control de transparencia que imponen los arts. 4.2 de la Directiva y 60 (EDL 1960/107).1 y 80.1 TRLCU. Sin tener en cuenta que el contrato no contenía más información acerca de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal (afectaba al precio del préstamo), la cláusula estaba enmascarada entre otros datos relativos a la revisión del interés, no constaban simulaciones de escenarios diversos, ni se había advertido de forma clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. En tales circunstancias, considerar

que el cumplimiento de los requisitos que los arts. 5 y 7 LCGC establecen para que la condición general supere el control de incorporación permite que también se supere el control de transparencia que hemos llamado «material», infringe la doctrina jurisprudencial de esta sala, puesto que en esas condiciones no es posible la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula suelo en el desarrollo del contrato, en concreto, su incidencia en el precio a pagar por los consumidores.

Y en los apartados 8 y 9 añade:

8.- La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato. El diferencial respecto del índice de referencia y el TAE que supone la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, 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. En el presente caso, la sentencia recurrida no ha tomado en consideración este criterio, pues no ha dado trascendencia a que no se hubiera proporcionado a los demandantes, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la cláusula suelo, de modo que pudiera conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas.

9.- En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio y las que en ella se citan).

Por lo tanto, hay que concluir que no ha existido negociación alguna de la cláusula suelo, y tampoco ha propuesto ni practicado prueba alguna la demandada de la existencia de una información previa sobre la misma, por lo que no supera la misma el control de transparencia.

C) Finalmente interesa la apelante que no se le impongan las costas de la primera instancia porque señala la existencia de dudas de derecho en el caso examinado por tratarse de una subrogación y novación de préstamo hipotecario.

Como se ha expuesto, la jurisprudencia en esta materia es constante e incluso anterior al planteamiento de esta demanda, con absoluta claridad de la obligación de la prestamista de informar previamente a la contratación de los elementos del contrato y las condiciones en que los consumidores quedan obligados, y al no haberlo hecho y oponerse a la demanda sin justificación alguna, debe mantenerse la condena en costas por aplicación del principio de vencimiento objetivo (art. 394 LEC).

TERCERO.- De las costas de la segunda instancia



La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición a la apelante de las costas ocasionadas en esta segunda instancia (art. 398.1 LEC).

VISTOS los artículos citados y los de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora [REDACTED] en nombre y representación de la mercantil Banco Santander, S. A., contra la sentencia dictada en el juicio ordinario seguido con el número [REDACTED] ante el Juzgado de Primera Instancia número Once Bis de Murcia, y estimando la oposición al recurso sostenida por la Procuradora Sra. Bernal Barnuevo, en nombre y representación de [REDACTED] debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha sentencia, con expresa imposición a la apelante de las costas causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese la sentencia y llévase certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y, en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.