



Roj: **SAP SA 513/2016 - ECLI: ES:APSA:2016:513**

Id Cendoj: **37274370012016100513**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **24/10/2016**

Nº de Recurso: **416/2016**

Nº de Resolución: **414/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN BORJABAD GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SALAMANCA

SENTENCIA: 00414/2016

N10250

GRAN VIA, 37-39

Tfno.: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34

N.I.G. 37046 41 1 2015 0000689

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000416 /2016

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de BEJAR

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000348 /2015

Recurrente: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.U.

Procurador: MARIA SOLEDAD MUÑOZ LUENGO

Abogado: EDUARDO CALVO PEREZ

Recurrido: Celsa , Nicolas

Procurador: LAURA NIETO ESTELLA, LAURA NIETO ESTELLA

Abogado: **AITOR MARTIN** FERREIRA, **AITOR MARTIN** FERREIRA

SENTENCIA

SENTENCIA NÚMERO 414/16

ILMO. SR. PRESIDENTE:

DON JOSE ANTONIO VEGA BRAVO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DON JUAN JACINTO GARCIA PEREZ

DOÑA M^a CARMEN BORJABAD GARCIA

En la ciudad de Salamanca a veinticuatro de octubre de dos mil dieciséis.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el procedimiento **ORDINARIO N° 348/15** del Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Bejar, **Rollo de Sala N° 416/16**; han sido partes en este recurso: como demandantes-apelados **DOÑA Celsa y DON Nicolas** representados por la Procuradora Doña Laura Nieto Estella y bajo la dirección del Letrado Don **Aitor Martin** Ferreira y como demandado-apelante **BANCO DE**



CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.U. representado por la Procuradora Doña Maria Soledad Muñoz Luengo y bajo la dirección del Letrado Don Eduardo Calvo Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 7 de Marzo de 2016 la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Bejar dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta Don Nicolas y Doña Celsa , asistidos por el letrado Don **Aitor Martín** Ferreira y representados por la Procuradora Doña Laura Nieto Estella frente a BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A.U. (BANCO CEISS), asistido por el letrado Don Eduardo Calvo Pérez y representado por la Procuradora Doña Mª Soledad Muñoz Luengo:

DECLARO la nulidad de la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés contenida en la cláusula financiera tercera bis que se denomina "REVISION DEL TIPO DE INTERES" del contrato de préstamo hipotecario de fecha 20 de marzo de 2013 suscrito entre Don Nicolas y Doña Celsa y CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A., concretamente el apartado que establece: "*Sin que en ningún caso, el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior al **SEIS POR CIENTO (6,00%)** durante el periodo de amortización y al **CUATRO POR CIENTO (4,00%)** durante el periodo de carencia*". Manteniendo la vigencia del contrato con el resto de sus cláusulas. **DEBIENDO** la entidad demandada reintegrar a los demandantes las cantidades que se hubieran cobrado indebidamente en virtud de la cláusula declarada nula desde la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y durante la tramitación del procedimiento hasta su conclusión, cuantía total a determinar en ejecución de sentencia sobre las bases de las sumas reales que se hayan abonado durante dicho periodo conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación de los límites de suelo (6% durante el periodo de amortización y 4% durante el periodo de carencia) conforme a la fórmula pactada de tipo de interés variable de EURIBOR más un 4,75% de diferencial. Todo ello con imposición de las costas procesales a la parte demandada."

2º.- Contra referida sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando se dicte sentencia revocando la de instancia y acordando desestimar la demanda con imposición de costas a la contraparte.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado para terminar suplicando se confirme la sentencia recurrida, confirmando la misma, en los idénticos términos, esto es los trámites que sean oportunos, condenando, asimismo, en costas al apelante con especial declaración de su temeridad y mala fe.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo y se señaló para la **deliberación , votación y fallo** del presente recurso de apelación el día **cinco de octubre de dos mil dieciséis** pasando los autos a la Ilma. Sra. Magistrada Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑA Mª CARMEN BORJABAD GARCIA**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, dictada por la titular del juzgado de Primera Instancia nº 2 de Bejar, en los Auto del Juicio Ordinario nº 348/2015 que estima la demanda promovida por la Procuradora de los Tribunales Laura Nieto Estella en nombre y representación de Don Nicolas y Doña Celsa contra la entidad Caja Duero (Banco CEISS) sobre declaración de nulidad de la denominada clausula suelo incorporada en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, elevada a escritura pública con fecha 20 de marzo de 2013, en la cláusula financiera tercera bis referida a la revisión del tipo de interés, en concreto al folio 50 de las actuaciones en la que textualmente se dice: "**El índice de referencia de aplicación a las revisiones que se produzcan tanto durante el periodo de carencia como durante el periodo de amortización será el euribor doce meses, sin que en ningún caso, el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior al seis por ciento (6%) durante el periodo de amortización y al cuatro por ciento (4%) durante el periodo de carencia**". Y consecuentemente acción de condena con efectos desde el 9 de mayo de 2013, con expresa imposición de costas a la demandada, recurre en apelación la representación procesal del Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U. alegando que los demandantes carecen de la condición de consumidores y no se trata de un acto de consumo de manera que no puede otorgarse la protección que concede la normativa de consumo como efectúa el juez de instancia que les atribuye a los actores la condición de consumidores y por tanto no siendo



oscura ni ambigua, redactada gramaticalmente de forma comprensible se dan cumplimiento a los requisitos establecidos en los Arts. 5 y 7 de la LGDC y por tanto solicita la revocación de la sentencia y en consecuencia que se dicte sentencia desestimando la demanda iniciadora del procedimiento, sin imposición de costas a los demandantes.

Frente al recurso la representación de Don Nicolas y Doña Celsa , se opone y solicita la íntegra confirmación de la resolución de la instancia y la imposición de costas a la recurrente, reiterando que los demandantes tienen la condición de consumidores en relación con el contrato enjuiciado y ni siquiera la demandada en su contestación a la demanda introdujo alegación alguna sobre la condición de consumidores de los actores, sino que la introdujo novedosamente en el trámite de conclusiones y por tanto la declaración que efectúa la juez de instancia es ajustada a derecho, no solo en aplicación de la previsión legal contenida en el Art. 405,2 de la LECivil , sino porque además examinada la escritura pública no ofrece dudas como tampoco para los testigos que fueron oídos que los actores contrataron en nombre propio, sin vincular a ninguna sociedad y que se les propuso desde la entidad bancaria una refinanciación porque en caso contrario perdían su vivienda.

Las alegaciones planteadas de forma extemporánea no pueden ocasionar indefensión a la parte actora, máxime cuando nada en contra de la condición de consumidores se alegó en la contestación a la demanda y se introdujo novedosamente en trámite de conclusiones el planteamiento ahora reiterado en la apelación. Sin que de esta mutatio libelli se pueda derivar indefensión efectiva para la actora.

Se concluye reiterando la confirmación de la sentencia de instancia con expresa imposición de las costas causadas en este recurso a la apelante.

SEGUNDO.- Se da pues respuesta en primer lugar a la alegación efectuada por la recurrente negando a los demandantes la condición de consumidores y contrariamente a las alegaciones que se contienen en el recurso desde esta alzada se comparte enteramente el razonamiento de la juez de Primera Instancia, cuando en su sentencia, en el fundamento de derecho cuarto, les atribuye la condición de consumidores, condición que no fue negada por la entidad demandada en su contestación a la demanda y por tanto es extemporánea la alegación novedosamente introducida en trámite de conclusiones. No puede reservarse la demandada tal afirmación para introducirla una vez celebrado el juicio y en trámite de conclusiones, lo que claramente genera indefensión a los demandantes, cercenándoles sus posibilidades de defensa al verse privados de su derecho a desplegar la actividad probatoria oportuna para rebatir tal afirmación, lo que les generaría una clara indefensión.

Razonamiento que es enteramente compartido desde esta alzada en aplicación del Art. 405,2 de la LECivil en concordancia con el Art. 399 de la LEC .

Pero además, si se examina el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 20 de marzo de 2013, en la escritura pública comparecen como intervinientes los cónyuges Don Nicolas y Doña Celsa como parte prestataria o hipotecante y lo hacen en nombre propio y en la misma expresamente figura que para financiar la cancelación de otros préstamos los cónyuges han solicitado un préstamo al Banco que ha accedido a su concesión, lo que enlaza con las testificales practicadas en el acto del juicio a empleados de la entidad bancaria, "que se les llamó desde la entidad informándoles que si no pagaban las cuotas del préstamo anterior que gravaba la casa perdían la vivienda porque ejecutaban la hipoteca".

Es decir, que los demandantes actúan en nombre propio y no vinculan a ninguna sociedad, y el fin último del préstamo (a iniciativa de la propia entidad) es pagar las deudas anteriores con el banco referidas a su vivienda de forma principal y obtener financiación para evitar la ejecución hipotecaria, no tuvo pues un destino mercantil o para financiar una actividad empresarial.

En la propia escritura pública en el reverso del folio nº SG3745116 el notario les otorga la condición de consumidores.

De manera que al margen de la alegación extemporánea efectuada por la entidad bancaria, en este concreto contrato, los demandantes tienen la condición de consumidores y por tanto la aplicación de las normas tuitivas de consumidores están aplicadas de forma correcta en la sentencia de instancia.

La alegación de la recurrente es desestimada en esta instancia.

TERCERO.- La típica cláusula suelo no solo ha de ser conforme en general a las leyes, a la moral y al orden público, así como respetar las reglas generales de buena fe y lealtad contractual, sino además, o como concreción de tales principios, han de incorporarse al contrato de manera que garantice al contratante una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración, o, en otras palabras, la oportunidad de conocer tanto la cláusula como las consecuencias jurídicas y económicas que asume como consecuencia de la misma en el seno de la relación contractual (cfr. arts. 5 y 7, en relación con el art. 8.1 LCGC).



Adviértase que el art. 5 LCGC impone determinados requisitos para que la cláusula pase a formar parte del contrato y, por ende, resulte vinculante para las partes, y el art. 7 LCGC excluye la incorporación al contrato de las condiciones generales que "el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5", así como de las condiciones generales que "sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato".

El art. 8.1 LCGC sanciona con la nulidad de pleno derecho "las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, definiendo el objeto principal del contrato y por tanto tienen carácter esencial y los deberes de información al prestatario son igualmente exigibles en aquellos casos en que este sea un empresario o profesional. En estos casos es exigible y de aplicación el control de transparencia. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica en el preámbulo "La ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual".

La protección de igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la L.C.G.C pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero **también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual.**

En el caso enjuiciado a propósito de la referida cláusula, esta Audiencia Provincial de forma reiterada ya ha resuelto que la condición general cuestionada, comporta una regulación contraria a la legítima expectativa que según el contrato suscrito, pudieron tener los adherentes (personas sin conocimiento financieros y a los que no se les facilitó la necesaria información de las consecuencias económicas que para ellos se derivan en sus obligaciones como prestatarios) y que el compartimiento de la entidad prestamista ha sido, en este concreto caso enjuiciado, contrario a lo previsto en los Arts. 1256, 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio y por tanto solo cabe reiterar los acertados razonamientos jurídicos que se contienen en la sentencia de instancia, que confirmamos en su integridad, lo que conlleva la desestimación íntegra del recurso de apelación.

CUARTO.- La desestimación del recurso de apelación Art. 398 y 394 LEC conlleva la imposición de costas a la recurrente derivadas de este recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación promovido por la legal representación de **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.U.** contra la sentencia dictada el 7 de marzo de 2016 por la titular del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Béjar, en los autos de juicio Ordinario nº 348/15 a que se refieren las presentes actuaciones, que confirmamos en su integridad.

Con imposición de las costas causadas en este recurso a la apelante y con pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma.

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