



Roj: **SAP V 3437/2020 - ECLI:ES:APV:2020:3437**

Id Cendoj: **46250370092020100867**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **06/10/2020**

Nº de Recurso: **298/2020**

Nº de Resolución: **1126/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **GONZALO MARIA CARUANA FONT DE MORA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO NÚM. 000298/2020

M

SENTENCIA NÚM.: 1126/2020

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA DON ANTONIO PEDREIRA GONZÁLEZ

En Valencia a seis de octubre de dos mil veinte.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA**, el presente rollo de apelación número 000298/2020, dimanante de los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 004749/2017, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 25 BIS DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a Lucía , representado por el Procurador de los Tribunales don/ña FRANCISCO JAVIER ZACARES ESCRIVA, y de otra, como apelados a BANKIA S.A. representado por el Procurador de los Tribunales don/ña JOSE CECILIO CASTILLO GONZALEZ, en virtud del recurso de apelación interpuesto por Lucía .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 25 BIS DE VALENCIA en fecha 9 de enero de 2020, contiene el siguiente FALLO: "Desestimo la demanda interpuesta por la representación procesal de D^a Lucía contra BANKIA,S.A absolviendo a la demandada de las pretensiones en su contra deducidas.

Con imposición de costas a la demandante. "

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por Lucía , dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Lucía presentó demanda contra Bankia ejercitando, en primer lugar, la acción de nulidad de condición general de la contratación, la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés habido en el contrato de cancelación de hipoteca y préstamo hipotecario suscrito ante notario en fecha de 31-1-2008 solicitando la nulidad por vulneración de la buena fe, constituir una cláusula sorpresiva, y falta de incorporación y subsidiariamente, acción por vicio en el consentimiento y se condenase a la entidad demandada al reintegro de las cantidades cobradas por su aplicación.



La entidad demandada contestó y se opuso a la demanda.

La sentencia rechaza la demanda al no ostentar la actora en ese negocio la condición de consumidor y estar correctamente incorporada la mentada cláusula.

La parte demandante interpone recurso de apelación por los siguientes motivos que ahora meramente se enuncian en; 1º) Infracción del artículo 218 Ley Enjuiciamiento Civil Incongruencia omisiva, al no pronunciarse sobre la petición de declaración de nulidad por vicio en consentimiento, dejando incontestada y sin resolver algunas de las pretensiones solicitadas por la actora "infra petita"; 2º) Error en la valoración de la prueba con infracción del artículo 217 de la LEC, sobre el resultado de la valoración de la prueba documental aportada y no impugnada de contrario y testifical. Corresponde a la demandada aportar justificación y acreditación de la información entregada al prestatario y el Tribunal debe tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria. 3º) Infracción de los artículos 1.258 CC, artículos 5.5, 7 y 8 LCGC y la doctrina del Tribunal Supremo sobre la vulneración de la buena fe contractual, y control de incorporación de las cláusulas abusivas. Solicitaba la revocación de la sentencia por otra que estime la demanda.

La entidad demandada se opuso al recurso de apelación y solicitó su desestimación.

SEGUNDO. La Sala va a iniciar el tratamiento solutivo por el primer motivo del recurso de apelación sustentado en la incongruencia omisiva al no pronunciarse la sentencia sobre la acción de nulidad sustentada en el error en la prestación del consentimiento y -se dice- vulnera el artículo 218 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

Tal acción y pretensión fue deducida con carácter subsidiario y si bien ,efectivamente, no ha sido tratada por la sentencia del Juzgado Primera Instancia, es de rechazar la concurrencia de una infracción procesal a revisar en esta alzada, toda vez que la parte demandante apelante no ha hecho uso de la carga del artículo 215 de la Ley Enjuiciamiento Civil, con la petición del complemento de la sentencia, mecanismo dispuesto, precisamente, para eliminar ese vicio de incongruencia y por ende de una vulneración de la garantía procesal y que la parte pueda obtener por tal vía una respuesta motivada sobre la pretensión deducida y no enjuiciada y entrar en su caso en la apelación directamente a explicitar razones de fondo sobre dicha pretensión.

Por tanto, no cumplida con tal carga procesal es de rechazar la existencia de una incongruencia omisiva como motivo de apelación.

En todo caso, es de señalar que tal acción resulta jurídicamente, por completo, inviable para interesar la nulidad parcial de un contrato porque si el vicio es en el consentimiento contractual, ello avoca, jurídicamente (artículo 1261, 1265 y 1301 del Código Civil) a la nulidad total del contrato y no solo de una cláusula; por lo que tal acción subsidiaria es de rechazar.

TERCERO. El segundo y tercer motivo del recurso de apelación se asientan en la revisión sobre la nulidad de la cláusula tercera bis (apartado 5) por vulnerar la reglamentación de la buena fe, no estar correctamente incorporada conforme a lo dispuesto por la Ley 7/1998 y jurisprudencial del Tribunal Supremo, con error de valoración de la prueba documental y testifical.

La Sala revisado en cumplimiento del artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, el contenido de los autos y las pruebas documentales y testimoniales practicadas en el acto del juicio, no comparte la decisión de la Juzgadora y en concreto las valoraciones y conclusiones expuestas en el FD 4 de la sentencia y observamos un error de valoración en tal apreciación y en la aplicación normativa.

Que la demandante en el contrato causa de pedir no ostenta la condición de consumidor es algo ya afirmado en la demanda y las acciones entabladas no tienen su fundamento legal en la protección de consumidores y usuarios, lo que determina la exclusión del control de transparencia material del artículo 4-2 de la Directiva 93/13.

Pero como esta Sala ya ha enjuiciado en otras resoluciones, ello no implica que el adherente profesional carezca de protección en la contratación seriada, pues la normativa exige unos presupuestos para su válida incorporación y el cumplimiento de la reglamentación de la buena fe,

El artículo 5.1, párrafo segundo, de la Ley Condiciones Generales de la Contratación dice que " No podrá entenderse que ha habido aceptación a la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de esta".

El artículo 5.5 de igual ley, expresa: "La redacción de las cláusulas generales deben ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"

Tal forma de contratación incluso con no consumidores está asentado en la reglamentación de la buena fe; implica, por ende, la verificación del cumplimiento de la normativa de la Ley de Condiciones Generales de la



Contratación, en cuanto a fijar que dicho pacto ha sido incorporado correctamente y que -además- no vulnera los límites legales de toda contrato por negociación, cuales son la ley, la moral y el orden público conforme al propio imperativo del artículo 1255 del Código Civil, amén de la normativa sectorial bancaria, Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención e entidades de Crédito y del Código de Comercio, para evitar situaciones de abuso contractual.

Así, el Tribunal Supremo de 17/1/2017, alecciona que la reglamentación de la buena fe que también es de aplicación como norma de actuación comercial a adherentes profesionales, sustentados en la exclusión de la denominada "cláusula sorpresiva" y dice la mentada sentencia:

" 3.- Con la limitación que conlleva el control sobre el precio (interés remuneratorio), en el supuesto específico de la denominada cláusula **suelo**, el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las "cláusulas sorprendentes" (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente. Que, a su vez, conecta con la mención de la exposición de motivos LCGC al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato. Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito."

CUARTO. La Sala debe efectuar las siguientes consideraciones que nos llevan a concluir que en este caso nos encontramos ante la denominada "cláusula sorpresiva" y por tanto que el pacto transcrito en la escritura pública se ha incorporado trasgrediendo la reglamentación de la buena fe.

1. De los documentos 3, 4 y 5 de la demanda consta que la actora fue a la entidad Bancofar (que cedió, posteriormente, el préstamo a Bankia) con una oferta de otra entidad bancaria (IBERCAJA) con las condiciones esenciales del préstamo que le ofertaba esta, entre las que no concurría cláusula **suelo** siendo el préstamo a interés variable.
2. La entidad Bancofar que analizó las condiciones de la competencia, anunció a los clientes -documento 5- tras su comparativa, las ventajas de las condiciones de Bancofar y expuso en tal e-mail "la principal diferencia estará en la apertura un 0,19 más cara aquí, si bien nos permite llegar a un plazo superior que supone 1.426 euros menos al mes en cuota de 17.000 euros anuales que dado lo ajustado de la operación son relevantes". En esa misiva nada se decía sobre una limitación a la variabilidad del tipo de interés.
3. El firmante de tal misiva (Sr. Germán), testigo en el acto del juicio y empleado de la entidad bancaria reconoció en el acto del juicio, dicho instrumento y averó haber efectuado la comparativa con la oferta de Ibercaja y que nada se dijo de la cláusula **suelo**.
4. No consta instrumento, comunicación ni mera información, antes del contrato público de que a la actora se le aplicaría una cláusula **suelo**.
5. El notario en la escritura pública afirma incorporar una oferta vinculante que no está incorporada al documento público; no consta tampoco tal oferta al no haberse aportado a los autos, luego tampoco se acredita que por medio de esta se anunciase la incorporación o aplicación de tal cláusula.
6. Consta en la escritura en la cláusula tercera bis (comprensiva de tres páginas el apartado 5 de la cláusula **suelo** y al final una advertencia del notario de que se han puesto límites a la variabilidad del tipo de interés y que la escritura ha sido redactada por minuta presentada por la entidad acreedora (es decir, el banco).

A tenor de tal resultancia, no compartimos las valoraciones de la Juzgadora y debe tenerse presente que el préstamo es a interés variable y que Bancofar ante la oferta de otro banco a la cliente, mejoró personalmente esas condiciones poniendo de manifiesto una relevante rebaja frente a la oferta de la competidora en el ahorro de pago de intereses; pero, en cambio, ello no reporta ser real al introducirse en la escritura pública una cláusula **suelo**, que deja sin efecto no solo la ventaja que le anuncia al cliente frente al competidor sino que además, la introduce, en contra del contenido de su misiva de oferta sobre la que se acepta el préstamo hipotecario.

Tal actuación del Banco no solo es sorpresiva, sino contraria a la buena fe, más cuando quien anuncia a los clientes (actora y su esposo) personalmente las condiciones del préstamo de Bancofar y mejora las de Ibercaja,



es quien personalmente interviene en la escritura pública en representación de Bancofar, entidad que es la que confecciona la minuta que se presenta al notario para redactar el contenido de la escritura.

Resulta paradójico que, en tal tesitura, la cláusula **suelo** está en la minuta realizada por el Banco y presenta a la notaria, cuando al prestatario nada se le ha comunicado previamente, al contrario de lo ofertado no existe la cláusula **suelo** y, ésta, obviamente, resulta relevante al afectar a la retribución del préstamo (pago de intereses) y concretamente en la decisión de su suscripción en este caso dada la rebaja del importe anunciado en esa retribución frente a la otra oferta.

El profesional que usa de la contratación seriada es quien tiene a la carga (artículo 1 y 5 Ley) de informar al adherente de su existencia y por tanto no podemos admitir que sea el adherente quien deba procurarse y tomar la iniciativa en ese estudio, razón por la que no es aceptable el argumento de al Juzgadora de que por el dato de que el proyecto de escritura esté a disposición de los firmantes en la Notaria, se cumpla con tal exigencia.

Que la demandante concertase otro préstamo hipotecario con la misma entidad bancaria años antes (2004) de suscribirse el ahora enjuiciado en donde tenía una cláusula **suelo**, resulta irrelevante a los efectos ahora tratados, porque no estamos examinando si la prestataria comprende y sabe la función y carga de esa clase de pacto en el desarrollo del préstamo, sino si esa cláusula fue incorporada vulnerando la buena fe, como así, efectivamente, resolvemos.

Por lo expuesto se vulnera el artículo 5. 1 párrafo segundo de la mentada Ley porque amén de no informarse a la adherente acerca de su existencia, resulta contraria a las condiciones informadas documentalmente como ventajas para que los clientes aceptasen la oferta del préstamo (donde no estaba reglada ni comunicada una cláusula **suelo**), se dispone la misma al momento de su otorgamiento ante notario.

La consecuencia por mor del artículo 8 de la LCGC, la cláusula resulta nula. El efecto de la nulidad es que la entidad deberá restituir al demandante las cantidades cobradas de más por la aplicación de esa cláusula nula a determinar en ejecución de sentencia.

QUINTO. La estimación de la demanda conlleva imponer a la parte demandada las costas de la instancia conforme al artículo 394 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

No se hace pronunciamiento de las costas de la alzada conforme al artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil dada la estimación del recurso de apelación.

Vistos los preceptos legales citados y demás y general y pertinente aplicación, por cuanto antecede,

FALLO

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia dictada por el Juzgado Primera Instancia 25 Bis Valencia en proceso ordinario nº 4749/2017, revocamos dicha resolución y con estimación de la demanda;

1º) Declaramos nula el apartado 5 de la cláusula Tercera Bis de la escritura pública de 31-1-2008 suscrito entre los litigantes quedando eliminada y expulsada del mentado contrato.

2º) Condenamos a Bankia a reintegrar a la actora las cantidades pagadas de más por aplicación de tal cláusula nula en relación con el interés retributivo pactado, a determinar en ejecución de sentencia.

3º) Las costas de la instancia se imponen a la parte demandada.

4º) No se hace imposición de costas de la alzada y se ordena la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.