

ROLLO NÚM. 002441/2016

CR

SENTENCIA NÚM.: 63/17

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA

DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA DOÑA

BEATRIZ BALLESTEROS PALAZÓN

En Valencia a siete de febrero
de dos mil diecisiete.

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 002441/2016, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000671/2015, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 3 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a BANKIA S.A., representado por el Procurador de los Tribunales

y de otra, como apelados a
y asistido del Letrado
representado por el Procurador de los Tribunales
, y asistido del Letrado JUSTO AGUSTIN PASCUAL
MONAR, en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANKIA S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 3 DE VALENCIA en fecha 30/05/16, contiene el siguiente FALLO: "Que estimando totalmente la demanda presentada por la Procuradora Sra. Ballester Gomez en nombre y representación de

y
, contra la entidad BANKIA (como sucesora de BANCOFAR, representada por la Procuradora Sra. , debo declarar y declaro la nulidad por falta de transparencia la cláusula suelo-techo contenida en punto 5 de la clausula tercera-bis, bajo el título "Limites de variación del tipo de interés" del siguiente tenor literal: "transcurrido el primer período de doce meses a contar desde la esta escritura, en ningún caso, el tipo de interés nominal anual aplicable a cada préstamo será inferior al 3,5% anual o superior al 15% anual, cualquiera que fuese el tipo resultante por aplicación de los mecanismos de revisión pactados";incluida en las tres escrituras públicas de prestamos hipotecarios otorgadas por las partes en fecha 21/09/06 ante el Notario de Moncada, D.

; subsistiendo los préstamos sin dicha cláusula; condenando a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración y a eliminar la misma de los mencionados préstamos hipotecarios manteniendo el resto de estipulaciones, a rehacer el cuadro de amortización y a devolver a la parte actora la cantidad indebidamente cobrada en virtud de tal cláusula desde el 4/06/13, más los intereses legales desde cada cobro que se incrementarán en dos puntos a partir de esta sentencia; que se determinará en ejecución de sentencia conforme a lo establecido en el fundamento quinto de esta resolución; y todo ello con expresa condena en costas a la entidad demandada.

Se requiere a la parte demandada para que en el plazo de veinte días, aporte nuevo cuadro de amortización sin aplicación de cláusula suelo desde el 4/06/13, liquidando las cantidades indebidamente cobradas en concepto de intereses, así como la cantidad destinada al incremento del capital amortizado."

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANKIA S.A., 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.- Los actores, _____ y _____, farmacéuticos de profesión concertaron con la entidad BANCOFAR (luego sucedida por BANKIA S.A.) en la misma fecha, 21/9/2006, ante la misma Notaria de Valencia, tres escrituras de préstamo hipotecario en donde se acordó que el interés retributivo a partir del primer año de vigencia contractual (los préstamos expiraban en 21/9/2031, al ser de amortización en 300 cuotas mensuales) sería aplicando el índice del Euribor más un diferencial de 0,65 puntos, pero en la estipulación Tercera Bis, (cláusula 5ª) se fijó una limitación a tal tipo de interés variable, al decir *"en ningún caso, el tipo de interés nominal anual aplicable a cada préstamo será inferior al 3,5 % anual o superior al 15% anual, cualquiera que fuese el tipo resultante por aplicación de los mecanismos de revisión pactados"*.

En el proceso interesan la nulidad de tal pacto tanto ex artículo 82 del TR-LGDCU por ser cláusula abusiva como por incumplimiento del artículo 7 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, solicitando del órgano judicial se declare tal nulidad y se obligue a la demandada, Bancofar (Bankia) a eliminar tal pacto y a restituir a los demandantes las cantidades que indebidamente en aplicación de tal cláusula hubiese cobrado en exceso, desde la cuota de junio de 2013 y efectúe un nuevo cuadro de amortización sin aplicación de la cláusula suelo.

La entidad demandada se opuso a tal pretensión negando que los prestatarios interviniesen en esta operación como consumidores, así como fuese una condición general al haber sido objeto de negociación, siendo válida y eficaz e incorporada contractualmente de forma válida y transparente.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, sienta que los demandantes conciertan las tres operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, sin la condición de consumidores; razón

por la que excluye el control de transparencia material de la cláusula cuestionada, propio de consumidores. Pero entiende, a tenor del contenido contractual y de falta de cualquier información sobre tal pacto, que no cumple con los requisitos de incorporación fijados en la LCGC ex artículos 5 y 7 y motiva con apoyo en el artículo 8-1 del citado texto legal, su nulidad, fallando con la estimación de las pretensiones de los demandantes.

Frente a tal decisión, Bankia interpone recurso de apelación invocando como motivos que ahora meramente se enuncian; 1º) Error de valoración de prueba al estar destinado el préstamo a la actividad profesional de la prestataria, siendo los actores plenos concededores de la incorporación de la cláusula; 2ª) Infracción de la LCGC y artículos 1256, y 1258 del Código Civil y artículo 57 del Código de Comercio en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 3/6/2016; 3º) Improcedente condena en costas, solicitando la revocación de la sentencia por otra que desestime la demanda.

La parte demandante apelada interesó la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- El Tribunal revisado el contenido de los autos -conforme impone el artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil-, y las razones que sustentan la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, debe confirmar dicha resolución.

Como se motiva en el FD Primero de la recurrida, los demandantes en las tres operaciones de préstamo hipotecario con la entidad prestamista Bancofar, no intervinieron con la cualidad de consumidores, dadas las condiciones fijadas en el préstamo por su actividad profesional de farmacéutico, valoración de tal documento esencial en el proceso y conclusión de la Juzgadora que no es atacada por los demandantes y que esta Sala respeta.

Esta intervención sin dicha condición, excluye el control de transparencia material o de entendimiento real de la cláusula suelo pactada, fijado ex -novo por la sentencia del Tribunal Supremo de 9/5/2013 (reiterado en la sentencias de 8/mayo/2014; 24 y 25 de marzo de 2015; 29/abril/2015 y 23/diciembre/2015) al ubicar dicho control dentro del carácter abusivo de una cláusula que atañe a elemento esencial del contrato, cual es, la retribución del préstamo y cuyo fundamento legal se extrae por el alto Tribunal del artículo 4-2 de la directiva 93/13 (precepto que no fue transpuesto al ordenamiento interno).

Ahora bien, como con tino establece la Juzgadora, ello, no excluye que se pueda efectuar la revisión propia del cumplimiento de la normativa de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en cuanto a fijar -aun en contratos con profesionales- que dicho pacto ha sido incorporado correctamente (es decir, con cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 y 7 de la ley 7/998) y aún cumpliendo esa válida incorporación, 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, del Código de Comercio y tal revisión desde tal óptica, con no consumidores, ya fue fijado por esta Sala como recoge la sentencia recurrida en la sentencia de 12/3/2014 (R.713/14) que en aras a no extender en demasía esta resolución y volver a repetir lo expuesto por la Juez que la transcribe, damos por reproducida..

En igual sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 30/4/2015 y se trae aquí por su relevancia en este tema la reciente sentencia del Tribunal Supremo 20/1/2017 al decir;

«Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un tertium genus que no ha sido establecido legislativamente, porque no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.»

SEXO.- La buena fe como parámetro de interpretación contractual. 1.- Decíamos en la tan citada sentencia 367/2016, de 3 de junio, que vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los arts. 1258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el art. 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato). 2.- En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre; 1141/2006, de 15 de noviembre; y 273/2016, de 23 de abril). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiendo por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» (art. 4:110,1); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, porque en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación. 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.>>

TERCERO.- Sentado tal control de correcta incorporación, los datos facticos por los que la Juzgadora concluye con haberse incumplido los requisitos validos para su incorporación, son aceptados por la Sala y el recurrente no los desvirtúa. Nada afecta en esta premisa (reglamentada por los artículos 5 y 7 citados supra), la condición de farmacéutico del actor, el negocio de farmacia, o el elevado importe de cada uno de los préstamos o que sean apoderados de otras mercantiles, pues para que entre profesionales, la contratación seriada adquiera validez, es necesario cumplir las exigencias legales citadas y comprobar que las cláusulas de adhesión son incorporados bajo los parámetros de la buena fe evitando como se ha expuesto la “cláusula sorpresiva”. El predisponente conforme al artículo 5-2 de la LCGC, debe informar expresamente al adherente de la existencia de tal cláusula general. El conocimiento de la incorporación contractual ha de ser examinado, por tanto, a las circunstancias propias del contrato en cuestión.

La recurrente indica que el pacto en cuestión era conocido porque fue negociado, afirmación que sustentan en meras valoraciones subjetivas, como estar los demandantes habituados a formalizar negocios jurídicos o por la cantidad de inmuebles hipotecados (nueve si se suman todas las escrituras públicas), cuando, por el contrario, no consta negociación alguna, no hay oferta de tipo alguno ni comunicación previa sobre la aplicación o incorporación de tal cláusula.

Invoca la parte apelante, el contenido de la escritura notarial y en este punto la Sala al igual que la Juzgadora, reputa esencial y clave determinante para la solución del litigio, la propia actuación de la Notaria interviniente y autorizante de las tres escrituras públicas, donde en todas y cada una de ellas, cierra el contenido de las estipulaciones con la –VIGÉSIMA- con unas “ADVERTENCIAS Y RESERVAS LEGALES” (el subrayado está en el propio documento público) en las que la primera (apartado a) establece “*La parte prestataria no ha tenido derecho a examinar el proyecto de escritura pública del préstamo hipotecario en su despacho durante los tres días hábiles a su otorgamiento teniendo luego en la propia notaria*”.

Esta afirmación de la fedataria pública, singular, llamativa y relevante, (reiterada en tres ocasiones) desvirtúa por completo la anterior alegación de haber negociaciones entre los contratantes como apoyo de su conocimiento, cuando siquiera se ha permitido al prestatario examinar con la mínima antelación necesaria y prudencial, a su suscripción, la existencia de tal cláusula y -ante la falta de negociación- de que la misma resultaba incorporada.

Cierto es que la Notaria, luego, en el apartado C) advierte que se han establecido límites mínimos del 3,50 y máximos de 15% a las variaciones del tipo de interés, pero debe hacerse notar, que ello es el apartado c), es decir, luego que conste que al prestatario se le ha menoscabado, por completo, el derecho a examinar, el proyecto o borrador de escritura (que no consta su existencia) y no consta es de insistir, oferta de la entidad bancaria ni comunicación alguna sobre condiciones del préstamo.

En cuanto al contenido de la nota del último párrafo de tal escritura sobre los pactos que no reportan carácter de condiciones generales, concordamos con la Juez que no se hace mención alguna a la limitación del tipo de interés variable, sino al tipo de interés pactado (que efectivamente no es condición general, pero si su limitación)

Por tanto no se acepta la afirmación de que la juzgadora yerra al “determinar que la parte actora no tenía conocimiento de dicha cláusula y que la misma no fue negociada por las partes”, porque la probanza pone de manifiesto, precisamente, que no fue advertida, comunicada o informada sobre la misma, que no hubo negociación alguna y que se le denegó el derecho al examen de la escritura en la Notaria lo que tuvo incidencia desde el momento en que el fedatario lo advierte en la propia escritura como primera advertencia.

Por ende no es que el pacto sea contrario a norma legal o al orden público, sino que el mismo no cumple con las exigencias de correcta incorporación del artículo 5 y 7 de la Ley 7/1998.

La cita por la parte apelante de la sentencia del Tribunal Supremo de 3/6/2016 resulta irrelevante porque ni la Juzgadora ni esta Sala han hecho una revisión del control de transparencia material del pacto que es lo que no está permitido para contratos entre profesionales, sino el control de su correcta incorporación.

CUARTO.- La desestimación del recurso de apelación determina imponer las costas de la alzada a la parte apelante por mor del artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. contra la sentencia de fecha 30/5/2016 del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia en proceso ordinario núm. 671/2015, se confirma dicha resolución imponiéndose las costas de la alzada a la parte apelante con la pérdida 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.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201710135133435	
Asunto	Notificación vía LexNET (múltiple)/SENTENCIA D / F/	
Remitente	Órgano	AUD. PROVINCIAL SECCIÓ N. 9 CIVIL de Valencia, Valencia/València [4625038009]
	Tipo de órgano	AUD. PROVINCIAL (CIVIL)
Destinatarios	LOPEZ MONZO, SILVIA [212]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de València
	BALLESTER GOMEZ, MARIA ISABEL [253]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de València
Fecha-hora envío	09/02/2017 13:03	
Documentos	0010420_2017_001_462503700020160007179-2312537-1.rtf(Principal) Hash del Documento: 7449c42988f9613ad034aa28cb2e51389c2a33fb	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	RECURSO DE APELACION[RAP] Nº 002441/2016
	Detalle de acontecimiento	SENTENCIA D / F
	NIG	4625066220150002446

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
09/02/2017 17:50	BALLESTER GOMEZ, MARIA ISABEL [253]-Ilustre Colegio de Procuradores de València	LO RECOGE	
09/02/2017 13:17	Ilustre Colegio de Procuradores de València (Valencia)	LO REPARTE A	BALLESTER GOMEZ, MARIA ISABEL [253]-Ilustre Colegio de Procuradores de València

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.