

**Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, Sentencia de 8 May. 2012, rec.
68/2012**

Ponente: Martínez Areso, Alfonso María.

Nº de Sentencia: 283/2012

Nº de Recurso: 68/2012

Jurisdicción: CIVIL

LA LEY 62860/2012

INTERESES. PRÉSTAMO MERCANTIL.

Texto

En ZARAGOZA, a ocho de mayo de dos mil doce

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00283/2012

SENTENCIA núm 283/2012

ILMOS. Señores:

Presidente:

D. PEDRO ANTONIO PÉREZ GARCÍA

Magistrados:

D. JAVIER SEOANE PRADO

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 348/2011, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN (LA LEY 58/2000)) 68/2012, en los que aparece como parte apelante, CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA C.A. Y M.P., representado por el Procurador de los tribunales, Dña ADELA DOMINGUEZ ARRANZ, asistido por el Letrado D. RAFAEL GUTIERREZ OLIVARES, y como parte apelada, Cecilio , Constanza , representado por el Procurador de los tribunales, Dña MARIA ELENA CIPRES MARCO, asistido por el Letrado D. MARIA MARIN PAMPLONA, siendo el Magistrado Ponente - el Ilmo. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 24 de noviembre de 2011 , cuyo FALLO es del tenor literal: "FALLO.- Que estimando la demanda interpuesta debo declarar la nulidad de la cláusula de tipo de interés mínimo aplicable al contrato de 23/2/2007 de novación de préstamo hipotecario otorgado el 5/11/2004 y ampliado el 5/7/2005 y condenar a la demandada a la devolución de las cantidades percibidas en exceso desde febrero de 2010 hasta la fecha de inaplicación de la cláusula, que serán de objeto de cuantificación en ejecución de sentencia atendidos los parámetros de bonificación contenidos en la escritura de ampliación de préstamo hipotecario de 5/7/2005, con imposición a la demandada de las costas procesales causadas. "

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de la parte demandada se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos y cinta de video, y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 6 de marzo de 2012.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución y;

PRIMERO.- Motivos del recurso.

Se entabló por la actora acción tendente a la declaración de nulidad de una cláusula de un contrato de crédito con garantía hipotecaria, concretamente la que fijaba un tipo de interés mínimo que actuaría como límite inferior de la fijación de interés variable a lo largo de la vida del contrato. Alega que el mismo es abusivo por in consentido, en cuanto las partes no consintieron su introducción en el contrato y en cuanto que rompe la reciprocidad de los derechos y obligaciones contractuales entre ellas.

La demandada alegó la existencia de información suficiente que permitió que el consentimiento sobre tal cláusula fuera emitido, que no existió falta de reciprocidad, pues la cláusula de límite mínimo lleva aparejada otra de límite máximo, que no se trata de verdaderas condiciones generales la que fijan estos tipos, tanto por el hecho de que puede elegir el prestatario entre varias modalidades de fijación de intereses y plazos y porque conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993) del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores no puede afectar el control de la abusividad a los elementos fundamentales o esenciales del contrato.

La sentencia estimó íntegramente la demanda.

La demandada funda su recurso de apelación en los siguientes extremos: a) Existió suficiente información a los prestatarios que se subrogaron en el importe del crédito garantizado por la hipoteca sobre los inmuebles debido por la promotora. b) No tiene carácter abusivo la cláusula de tipo mínimo, pues ha sido pactada con todos los requisitos exigidos por la LGDCU. c) No existe abuso por falta de proporcionalidad en los límites al interés variable fijado pues los tipos señalados (mínimo 2,75, máximo 8%) guardan la oportuna proporcionalidad, que ha de tenerse en cuenta la totalidad de las cláusulas del contrato y que, en todo caso, debería, de estimar que no existe proporcionalidad, establecerse una cláusula de tipo máximo que guarda la debida proporcionalidad con la impugnada. d) Alega que existe jurisprudencia que ha declarado que la reciprocidad a la que hace referencia la LCG y la LDCU no es una reciprocidad económica sino de obligaciones y derechos entre las partes, así como que incluso la existencia de una cláusula de suelo no es *per se* abusiva sino que ha de estarse al conjunto de estipulaciones que constituyen el contrato. e) Por último, alega que en la elaboración parlamentaria de la Ley de Crédito al consumo se descartó la consideración de abusivas de las

clausulas de suelo de las hipotecas, así como que en la Orden de 8 de octubre de 2011 sobre transparencia y corrección el cliente de servicios bancarios la cláusulas suelo es válida sin que *per se* pueda considerase abusiva.

La actora se opone al recurso alegando: a) No se han reflejados los motivos de apelación y los preceptos legales que se estiman infringidos. b) Considera que no existe error en la valoración de la prueba en cuanto de la misma se llega a la conclusión de que la cláusula cuya nulidad se pide no fue objeto de consentimiento por los actores. c) En cuanto al desequilibrio en las prestaciones, no existe proporcionalidad entre la cláusula de tipo mínimo y la de tipo máximo pues esta última no existe verdaderamente.

SEGUNDO. Hechos probados.

La documental y el interrogatorio practicado muestran que:

a) Con fecha 5 de noviembre de 2004 la entidad demandada

concedió a la entidad Construcciones Sarvisé S.A. un préstamo hipotecario por importe de 2.150.000 euros, siendo la finca hipotecada una nave industrial sita en Cuarte de Huerva.

b) Con fecha 5 de julio de 2005 y tras el otorgamiento de escritura pública de obra nueva en construcción con fecha 7 de junio de 2005, se procedió a ampliar el préstamo concedido en 5.500.000 euros más, con la garantía de la obra nueva en ejecución. Por lo que a este pleito concierne se señalaban como intereses ordinarios los siguientes: Para el primer trimestre de vigencia del contrato el interés del 2,75%, revisable trimestralmente a un tipo del Euribor trimestral + 0,75% y para el periodo de amortización se preveía una revisión anual fijando como tipo el Euribor anual + 0,80%. Ha de destacarse que en la estipulación tercera se señalaba que "el tipo de interés nominal anual máximo del 8% servirá de base para el cálculo de los interés ordinarios garantizados con la hipoteca, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 147 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) respecto al exceso de los mismos, que pudiere resultar de las variaciones tipo de interés previstas en la Cláusula siguiente y de la posibilidad de ejercitar las acciones personales pertinentes para la reclamación de dichas cantidades". La estipulación Tercera Bis del mismo contrato tras señalar la forma de revisar los tipos de interés ordinario establecía que "sin perjuicio de lo anterior, tanto en periodo de carencia como en el de amortización, la partes acuerdan que, el tipo de interés aplicable en cada momento, independientemente del que resulte conforme a las revisiones efectuadas en ningún caso será inferior al 2,75% nominal anual".

c) Por escritura pública de fecha 23 de febrero de 2007 los actores, como compradores, la entidad Construcciones Sarvisé S.A., como vendedora, y la demandada, como financiadora, otorgaron escritura pública de venta con subrogación de los actores en el préstamo con garantía hipotecaria que la tercera tenía con la segunda, subrogándose en el importe de 173.000 euros como préstamo, sin novación alguna y en la condición jurídica de deudora. En la misma manifestaron los actores genéricamente, estipulación segunda, conocer y aceptar expresamente el contenido de "la escritura mediante la que dicha hipoteca se constituyó".

d) En esa misma fecha se otorgó por los actores y la entidad demandada escritura pública de novación de préstamo hipotecario en la que se modificó la duración del préstamo hipotecario ampliándolo hasta 25 años, prorrogable también en los términos pactados, modificando la cuantía de las cuotas y otras condiciones, si bien en la estipulación sexta de la misma se declaraba que "los nuevos deudores asumen las obligaciones establecidas en la escritura de préstamo inicial a cargo de la parte prestataria y/o hipotecante", y en la octava que "en lo no modificado por la presente escritura, se mantienen las cláusulas de la escritura de préstamo tantas veces referida", haciéndose constar únicamente en el expositivo quinto de la misma, pese a referirse a la existencia de una escritura de constitución de hipoteca de 5 de noviembre de 2004 entre la entidad promotora Construcciones Sarvisé S.A y la demandada y otra, entre las mismas partes, de ampliación de préstamo hipotecario de fecha 5 de julio de 2005 entre las mismas partes, que "el tipo de interés aplicable al préstamo durante el período de amortización, inicialmente del 2,75 nominal anual, se revisaría anual mediante la adición de un diferencial fijo de 0,80 puntos porcentuales al índice de referencia denominado Euribor doce meses".

e) Durante el primer año de vigencia del contrato el tipo de interés fue del 4,471% anual. En febrero de 2008 y como consecuencia de la política comercial de la entidad financiera, por la contratación de diversos productos de esta, se ofertó y fue aceptado un tipo de interés del 4,678% (Euribor a un año + 0,25 %) bajo la denominación "hipoteca joven" para el año 2008 y en febrero de 2009 se fijó, con la misma denominación, un tipo del 2,353 % anual.

f) Con fecha 24 de febrero de 2010 se notificó a los actores por la entidad demandada que el tipo de interés fijado para el año 2010, desde marzo de 2010 era el de 2,75% anual tipo mínimo previsto en la escritura de crédito hipotecario.

TERCERO.- Falta de consentimiento contractual de los actores respecto a la cláusula cuya nulidad se insta.

La parte recurrente, partiendo de la valoración de la prueba realizada por el juez de la instancia, considera que existe error de hecho en la misma y que la demandada prestó su consentimiento sin reserva alguna, pues:

- a)** Así se hace constar en las estipulaciones 6ª y 8ª de la escritura pública de subrogación de crédito hipotecario de fecha 23 de febrero de 2007.
- b)** La cláusula de tipo mínimo es sencilla en cuanto a su comprensión.
- c)** Hubo negociación con la Caja y hubo de extenderse la misma a todas sus condiciones, que se modificaron en su mayoría y que fueron verdaderas mejoras.
- d)** El empleado de la entidad que depuso en juicio atestigua que se informó de todas las condiciones tanto del préstamo originario, como de su ampliación.
- e)** Fue cinco años después de la novación cuando se afirmó que se desconocía la cláusula impugnada.

El examen de la prueba practicada ha de partir necesariamente del examen de los documentos notariales suscritos. Estos revelan que a la fecha de la suscripción de la subrogación hipotecaria y la novación del crédito estos documentos por sí mismos no reflejaban la existencia de la cláusula de tipo mínimo pactada, que era transcendente para fijar el interés resultante. Solo en la escritura de novación se hace una referencia en su expositivo a que "el tipo de interés aplicable al préstamo durar el período de amortización, inicialmente del 2,75 nominal anual, se revisaría anual mediante adición de un diferencial fijo de 0,80 puntos porcentuales al índice de referencia denomine Euribor doce meses".

Indudablemente esta mención no puede ser estimada autosuficiente a los efectos estudiados, sino que, por el contrario, permite concluir que de la sola lectura de los documentos notariales suscritos por los actores no puede concluirse que conocían la cláusula de fijación de un interés mínimo.

Cierto que las cláusulas o estipulaciones 6ª y 8ª de dicho documento remitían a la escritura de "préstamo inicial", pese a que eran dos. Tal conocimiento por remisión no puede presumirse y ello por lo siguiente:

- a) La formación de la voluntad en la suscripción de créditos hipotecarios es objeto de examen en sus tramos preliminares, documentación, deber de información y otros extremos por la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Ciertamente en el presente caso, no se realizó

la oferta vinculante prevista en su artículo 5, sin duda como manifestó el empleado de la entidad bancaria que depuso en el juicio como testigo, por ser la cantidad prestada superior a los 150.000 euros, como previene el art. 1 de la Orden que excluye créditos por superior importe de tal regulación.

No se hizo constar en contra de lo establecido por la Orden de 12 de diciembre de 1989 sobre los Tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, de aplicación supletoria conforme al art. 1.5 de la Orden de 5 de mayo de 1994 e incluso directa dada la materia de la misma (operaciones activas y pasivas de entidades de crédito), en cuyo número 7 se establece bajo la rúbrica "Entrega del documento contractual en que se formalice la operación con la Entidad de crédito. Contenido" que:

1. Cuando lo solicite el cliente, las Entidades de crédito deberán hacerle entrega del correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalice su operación, suscrito, además de por el cliente, por persona con poder para obligar a la Entidad.

...

4. Los documentos contractuales relativos a operaciones activas o pasivas en los que intervenga el tiempo deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos:

a) El tipo de interés nominal que se utilizará para la liquidación de intereses o, en el caso de operaciones al descuento, los precios efectivos inicial y final de la operación.

...

d) Los derechos que contractualmente correspondan a la Entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado, que no podrá tomar como referencia los de la propia Entidad u otras de su grupo, o a la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; el procedimiento a que deberán ajustarse tales modificaciones, que en todo caso deberán ser comunicadas a la clientela con antelación razonable a su aplicación; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación".

En el presente supuesto, ni conforme a las exigencias documentales de la orden de 5 de mayo de 1994, ni conforme a la de 12 de diciembre de 1989, podían los actores conocer la existencia de la cláusula en litigio.

b) Alega la demandada que su empleado realizó la

oportuna información de esta cláusula y de todas las demás de forma verbal pero no acredita este hecho de forma alguna, siquiera indiciaria.

c) No existe duda de que existió negociación de algunas

cláusulas, prueba de ello, es que las referentes a la duración el contrato, cuota máxima e intereses resultaron modificadas, pero no existe en tal negociación resultado alguno que permita concluir que se tuvo en cuenta por los actores la existencia de tipos mínimos.

d) En términos puramente hipotéticos, una lectura

sosegada de la totalidad de las cláusulas pactadas en la escritura de ampliación e préstamo hipotecario de 5 de julio de 2005 no permite sostener siquiera las alegaciones de la parte de que tanto la cláusula de tipo mínimo, como la de máximo -que la sentencia de la instancia estima con corrección inexistente-, eran conocidas y aceptadas por los actores, pues su solo conocimiento hubiera llevado sin duda a la aclaración de si lo pactado era una cláusula de tipo máximo o una limitación de la responsabilidad hipotecaria a los intereses calculados al 8% con permanencia de la responsabilidad personal del deudor en la cuantía de los intereses que excedan de dicho tipo.

No exista manifestación alguna del notario autorizante, así resulta de la redacción autorizada por él en la escritura de subrogación que permita concluir que la parte actora era consciente de la cláusula suelo de constante referencia. Ciertamente no era aplicable la Orden de 5 de mayo de 1994 en cuanto excedía del importe máximo pero esta misma establecía específicamente en su artículo 7.3 que "deberá el notario:

2. En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

...

b) Que se hubieran establecido límites a la variación del

tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes.

e) Por último, no es relevante a los efectos examinados

que las partes no formularan petición alguna respecto a la inaplicación de la cláusula de suelo de interés hasta 2010, pues durante los años 2007 y 2008 no era aplicable, durante la anualidad 2009

se aplicó un tipo inferior por razones de índole comercial, bajo el epígrafe "Hipoteca Joven" y no fue hasta la revisión de febrero de 2010 cuando se manifestó por la entidad la aplicación de la cláusula de tipo mínimo.

Conforme al art. 217 de la LEC (LA LEY 58/2000) correspondía los actores la prueba de la falta de consentimiento sobre la cláusula en litigio, y en el presente supuesto, la sala estima que lo han acreditado, tanto de los instrumentos notariales aportados que no hacen sino una genérica referencia a la aceptación de cláusulas que no se prueba se tuvieran a la vista y fueran específicamente aceptadas como elemento rector de la fijación de los tipos de interés en determinados supuestos, por debajo de 2,70% y tampoco se ha aportado documento alguno que, fuera de la genérica remisión a un contenido indeterminado, acreditasen que la parte al suscribir los documentos notariales de febrero de 2007 conociese las cláusulas a las que se remitía.

Esta falta de un documento específico sobre la forma de cálculo de los intereses exigida siquiera genéricamente por la normativa bancaria, permite entender que no existió una correcta información sobre la cláusula rebatida, sin que la manifestación del testigo Sr García Pisa, empleado de la unidad que negoció la novación con los actores pueda llevar a la convicción contraria, concluyendo que de estas y del resto de la prueba practicada se desprende que el consentimiento no fue prestado por los actores respecto a esta cláusula que no fue presentada a la aprobación de la parte en la forma exigida por la normativa bancaria aplicable ya referida, lo que determina la nulidad de la misma por falta de consentimiento (art. 1.261 del Cc (LA LEY 1/1889)) y con los efectos pretendidos por los actores.

En consecuencia, el recurso ha de ser íntegramente desestimado.

CUARTO.- Carácter de abusiva de la cláusula impugnada.

La desestimación del recurso referente a la existencia de consentimiento exime a la Sala de examinar si vigente la cláusula entre las partes, debía ser declarada nula por ser abusiva en los términos exigidos por el art. 10 bis de la LGDCU.

En caso contrario:

a) El TS estima que las cláusulas referentes al objeto principal del contrato pueden ser objeto de control por abusividad (STS de 1 de julio y 29 de diciembre de 2010 y 12 de diciembre de 2011).

b) Sentado lo anterior, parece claro que no existía en el presente supuesto una cláusula de tipo máximo que permitiese la reciprocidad de los derechos y deberes derivados del contrato.

c) La cuestión se centra en determinar si la falta de tal cláusula correspondiente a la de tipo mínimo convierte *per se* esta cláusula en abusiva.

d) Conforme a la sentencia de 8 septiembre de 2011 del Juzgado de lo Mercantil Nº 9 de Madrid y la de 7 de octubre de 2011 de la Sección Quinta de Sevilla no es así, pues la correspondencia es entre las obligaciones y derechos de las partes, no en el alcance económico de las prestaciones derivadas del contrato -"los pactos sobre límites a la variabilidad del interés, no constituyen derechos u obligaciones recíprocas de las partes, sino que se incorporan al contrato como mecanismos para reducir el riesgo de pérdidas o de impago que pudiera frustrar el fin del contrato, y de esta manera asegurar el buen fin del mismo. No cabe, por tanto, contraponer el límite máximo al límite mínimo como si de dos contraprestaciones contractuales recíprocas se tratase. No nos hallamos más que ante una obligación que es la del prestatario de pagar el precio, el cual en una clase de contrato que queda sometido a las contingencias del alza y baja de los tipos durante un periodo muy largo de tiempo, se acota por arriba y por abajo para limitar el riesgo de que esa variabilidad pueda llegar a extremos que hagan inviable el contrato. Por consiguiente, no hay desequilibrio alguno o falta de reciprocidad de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y es que no existe un derecho del prestatario a la limitación de la variabilidad o a la proporcionalidad de los límites (Sentencia 7 de octubre de 2011 de AP de Sevilla).

e) Ha de matizarse que esta Sala no comparte tal jurisprudencia, ni que sea aplicable al caso concreto, estimamos que son correspondientes la fijación de cláusula de mínimo y de máximo, incluso este era el argumento de la demandada mantenido en su fase de alegaciones, si bien a la vista de la jurisprudencia citada en su recurso, cambió la argumentación, hasta el punto de estimarse que era nueva, violando la regla "ut lite pendente ...". Por ello, en cuanto no era conocida por los actores fue una cláusula impuesta que no se negoció y, además, causó un desequilibrio en los derechos y deberes de las partes, que perjudicó a los actores (art. 10 bis de la LGDCU).

f) En todo caso, en el presente caso, se trata de una cláusula abusiva, pues no solo fue impuesta, pues venía de un convenio de préstamo hipotecario anterior y no parece que fue objeto de negociación su erradicación, sino que, además, no se hizo valer sino cuando cesó la política comercial de la demandada de fijar un tipo inferior, y determinó un desequilibrio en los derechos y deberes entre las partes, pagar el precio fijado por el interés recibido, con independencia de que ha de estarse con la jurisprudencia invocada en la dificultad de fijar una perfecta proporcionalidad entre la limitación de la variabilidad de los tipos de interés por arriba y por abajo. Por ello, la falta de término

correspectivo en la limitación máxima del tipo de interés sí que estima esta Sala puede ser considerado abusivo en los términos relatados y a la vista de la totalidad del clausulado de los diversos documentos suscritos en el supuesto enjuiciado.

QUINTO.- Costas procesales.

Las costas de esta alzada se rigen por el art. 398 LEC (LA LEY 58/2000) y las de primera instancia por el art. 394 LEC (LA LEY 58/2000) .

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

F A L L O

Que desestimando el recurso de apelación formulado por **CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA** contra la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2011 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 15 en los autos número 348/2011 y, en consecuencia, confirmamos la resolución en todos sus extremos, con imposición de las costas del recurso a la recurrente.

No se hace especial declaración sobre las costas de la apelación.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir dada la íntegra desestimación del recurso.

Contra la anterior Sentencia cabe interponer Recursos por Infracción Procesal y/o Casación ante esta Sala en el plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de Banesto, en la calle Torrenueva, 3 de esta ciudad, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de Procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.