

Audiencia Provincial

**AP de Burgos (Sección 3ª) Sentencia num. /2019 de
12 noviembre**

JUR\2020\



Compraventa. Hipoteca, prenda y anticresis.

ECLI:ECLI:

Jurisdicción:Civil

Recurso de Apelación /

Ponente:Illma. Sra.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: /2019

Modelo:

PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Teléfono: 947259950 **Fax:** 947259952

Correo electrónico:

Equipo/usuario:

N.I.G.

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) /2019

Juzgado de procedencia: JDO.DE 1A.INSTANCIA N. de BURGOS

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-/2017

Recurrente:

Procurador:

Recurrido:

Procurador:

La Sección Tercera de la Audiencia provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **don XXXXXXXXXXXX**, Presidente, **doña XXXXXXXXXXXX**, y **don XXXXXX** ha dictado la siguiente.

SENTENCIA Nº. XXXX

En Burgos, a doce de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTO Por esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala núm. /2019, dimanante del Juicio Ordinario /20107, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm de Burgos, sobre nulidad clausula suelo, en recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de fecha 27 febrero de 2019, en los que aparece como parte apelante, **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, representado por la Procuradora de los tribunales, doña XXXXXXXXXXXXXXXxxx, asistido por el Abogado don XXXXXX; y, como parte apelada, **XXXXXX**, representado por el Procurador de los tribunales, don XXXXXXXX, asistido por el Abogado doña XXXXXXXXXXXXXXX, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. XXXXXXXXXXXXXXX, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º:

Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: Que DESESTIMANDO la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Dª. XXXXXXXXXXXXXXX en nombre y representación de XXXXXXXXXXXXXXX demanda de juicio ordinario contra la entidad financiera XXXXXXXXXXXXXXX DEBO ABSOLVER y ABSUELVO a la parte demandada de las pretensiones mantenidas contra ella, siendo las costas procesales de cuenta de la parte demandante.

2º:

Notificada la anterior resolución a las partes por la representación de XXXXXX, se presentó escrito interponiendo recurso de apelación. Y dado traslado a la otra parte, presentó escrito de oposición a dicho recurso dentro del plazo que le fue concedido, acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º

: Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 26 de septiembre de 2019 en que tuvo lugar.

4º:

En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO

La sentencia de instancia desestima la demanda que formula la entidad XXXXXXXXXXXXXXXX contra XXXXXXXXXXXXXXXX en la que se solicita que respecto de la escritura publica de subrogación y modificación hipotecaria de fecha 25.7.2006 suscrita por ambas partes, la declaración de nulidad de la cláusula financiera tercera bis inserta en el préstamo inicial que la promotora /vendedora (XXXXXXXXXXXXXXXX) había suscrito con el XXXXXXXXXXXXXXXX de fecha 2.1.2004 y su posterior modificación en escritura publica de 22.2.20016 en la que se establece que " el tipo amparado por la hipoteca no podrá ser superior al 12% ni inferior al 2.75%" (cláusula techo-suelo), condenado a la demandada a su eliminación de modo que solo se aplique el índice de referencia (Euribor) mas el diferencial pactado y que reintegre a la actora las cantidades percibidas en exceso como consecuencia de la aplicación desde el inicio de dicha cláusula, correspondiente a la diferencia entre las cuotas mensuales abonadas por aplicación del suelo y las cuotas que debieran haber abonado sin el suelo, mas los intereses legales desde la fecha de cada pago y costas procesales.

Tras exponer el concepto legal de consumidor, la juzgador de instancia sencillamente desestima la demanda porque la actora no tiene la condición de consumidor.

Se interpone recurso de apelación por la parte actora señalando que nunca ha afirmado que sea consumidora, pero el que no sea consumidora no significa que no pueda declararse la nulidad de una cláusula suelo si la incorporación de la misma al contrato no supera el control de incorporación que estableció la conocida STS 367/2016 de 3 de junio. Por ello dice que debe entrarse a valorar si la cláusula discutida supera el control de incorporación que se aplica tanto a consumidores como a empresarios. y que valorada la prueba practicada debe concluirse que no ha existido la mas mínima información previa, ni negociación alguna de la cláusula suelo que ni siquiera consta en la escritura de subrogación.

SEGUNDO

.- la jurisprudencia del [TS \(sentencia 367/2016 de 3 de junio \(RJ 2016, 2306\)\)](#) cuya doctrina reiteran entre otras las sentencias 41/2017 de 20 de enero y 57/2017 de 30 de enero) en materia de control de las condiciones generales de la contratación cuando no existe relación del consumo, como es el caso excluye el control de transparencia en el análisis de la cláusula predispuesta y considera que , a falta de una respuesta del legislador, estas cláusulas solamente se someten al control de inclusión.

Así la STS 314/20918 de 28 de mayo declara que:

"1 .- El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato.

2.- La [LCGC \(RCL 1998, 960\)](#) se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5 para establecer los requisitos de incorporación; y en el art. 7 para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.

Conforme al art. 5, en lo que ahora importa:

a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.

b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de 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 las mismas.

d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A su vez, a tenor del art. 7, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que:

a) 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, si ello fuera

necesario conforme al art. 5.

b) 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.

3.- En la práctica, se aplica en primer lugar el filtro negativo del [art. 7](#) LCGC; y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo, consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los [arts. 5 y 7](#) LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato".

TERCERO

.- Se alega que en la EP de compraventa, subrogación y modificación del préstamo hipotecario de julio de 2006 firmada por la entidad actora ninguna mención se hizo a la cláusula suelo inserta en la escritura de préstamo inicial de enero de 2004, y que incluso se modificó el apartado relativo al tipo de interés aplicable al préstamo omitiendo la cláusula suelo, lo que constituye un supuesto mala fe imputable al Banco. Afirma la apelante que no tuvo nunca a su disposición la escritura de préstamo original, con carácter previo a la firma, ni siquiera después, sino que no fue hasta la reclamación extrajudicial cuando el banco facilitó una copia.

En la Escritura pública de préstamo hipotecario suscrita entre la vendedora y el XXXXX de fecha 2 de enero de 2004 en la Cláusula Tercera Bis. Tipo de interés

variable expresamente se establece: " *el tipo de interés máximo amparado por la hipoteca no será superior al doce por ciento nominal anual, ni inferior a dos enteros setenta y cinco centésimas por ciento nominal anual* ". SE trata de un cláusula gramaticalmente comprensible, dada su sencillez de redacción y se encuentra dentro del epígrafe específico relativo al "tipo de interés aplicable ", por lo tanto supera sin dificultad los requisitos de los [artículos 5 y 7](#) de la [LCGC \(RCL 1998, 960\)](#).

Sin embargo la escritura de compraventa, subrogación y modificación del préstamo de julio de 2006 no incluye expresamente esa cláusula que limita el tipo de interés (cláusula suelo). ES cierto que en el apartado relativo a la COMPRAVENTA, en el "Otorgan Segundo" (folio 24) se dice: " *la parte adquirente expresamente asume, solidariamente, la obligación personal dimanante del préstamo hipotecario que grava las fincas, aceptando todas las cláusulas y condiciones contenidas en la escritura de constitución del gravamen , antes citada, cuyo contenido declara conocer en su integridad , asumiendo las obligaciones establecidas en la misma* ". Tal disposición se enmarca en la obligación que tiene el vendedor de informar al comprador de las condiciones del préstamo que tenía concertado.

Ahora bien, además de una subrogación hipotecaria, en la misma escritura se lleva a cabo una MODIFICACION (Folio 27) entre la entidad actora compradora y el Banco demandado afectando, entre otros extremos, a los intereses ordinarios, modificándose el diferencial aplicable al tipo de referencia, de modo que prácticamente se volvió a redactar el contenido de la cláusula inicial (salvo el apartado de la cláusula suelo / techo que se omite). Y producida tal modificación, hay que entender que era obligación de la entidad bancaria advertir acerca de los límites a la variabilidad de los intereses a que estaba afecto el préstamo , un máximo del 12% y un mínimo del 2,75% nominal anual , lo que no consta se hubiese producido y niega abiertamente la mercantil actora, que afirma que se le ocultó por completo su existencia, lo que supone la conculcación de los deberes de información y transparencia impuesto a las entidades bancarias que incide en el control de incorporación y determina por ende la nulidad de la referida cláusula.

En este mismo sentido, podemos citar la STS 415/2018 de 3 de julio.

CUARTO

.- al estimarse el recurso no procede expresa imposición de las costas procesales de esta alzada ([artículo 398.2 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#))

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por XXXXXXXXX, contra la sentencia /2019 de 27 de febrero , del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos en el juicio ordinario /2017, procede su revocación y dictar otra por al que estimando la demanda que formula XXXXXXXX, Contra XXXXXXX., debemos de declarar respecto de la escritura pública de subrogación y modificación hipotecaria de fecha 25.7.2006, la declaración de nulidad de la cláusula financiera tercera bis inserta en el préstamo inicial de fecha 2.1.2004 en la que se establece que " el tipo amparado por la hipoteca no podrá ser superior al 12% ni inferior al 2.75% y se condena a la demandada a su eliminación de modo que solo se aplique el índice de referencia (Euribor) más el diferencial pactado y que reintegre a la actora las cantidades percibidas en exceso como consecuencia de la aplicación desde el inicio de dicha cláusula, correspondiente a la diferencia entre las cuotas mensuales abonadas por aplicación del suelo y las cuotas que debieran haber abonado sin el suelo, más los intereses legales desde la fecha de cada pago y costas procesales de la primera instancia. Sin expresa imposición de las costas procesales de esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, notificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.