



AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA
SECCIÓN TERCERA
RECURSO DE APELACIÓN Nº 531/2019
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 9 BIS DE GRANADA
ASUNTO: JUICIO ORDINARIO Nº 1536/2017
PONENTE SRA. MARÍA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ

SENTENCIA Nº 800

ILTMOS/A. SRES/A.
PRESIDENTE
D. JOSÉ LUIS LÓPEZ FUENTES
MAGISTRADOS
D. ENRIQUE PINAZO TOBES
Dª MARÍA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ

Granada a 14 de noviembre de 2019

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial ha visto el recurso de apelación nº 531/2019, en los autos de juicio ordinario nº 1536/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 bis de Granada, seguidos en virtud de demanda de D. [REDACTED], representados por la procuradora Dª Carolina Cuadros López y defendidos por el letrado D. Pedro José Amate Joyanes; contra Bankia SA, representado por el procurador Cecilio Castillo González y defendido por la letrada Dª Yolanda López-Casero de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en fecha 19 de diciembre de 2018, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“Que ESTIMANDO parcialmente la demanda interpuesta por D. [REDACTED] frente a la entidad BANKIA, S.A., debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula relativa a los intereses de demora contenida en la escritura de novación modificativa de fecha de 22 de enero de 2008, otorgada ante el Notario D. José Eduardo Garrido Mora, al núm. 121 de su protocolo, debiendo tenerla por no puesta.

Que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de los restantes pedimentos efectuados en su contra.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.”





SEGUNDO: Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante mediante escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso al mismo. Una vez remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial, fueron turnadas a esta Sección Tercera el pasado día 22 de mayo de 2019 formado rollo, por providencia de 31 de mayo de 2019 se señaló para votación y fallo el día 7 de noviembre de 2019, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

Siendo Ponente la Iltma. Sra. Magistrada D^a MARÍA JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En las demandas presentadas el 12 de septiembre de 2017 se ejercita una acción individual destinada a que se declare la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas a las escrituras de novación de préstamo hipotecario otorgadas el 22 de enero de 2008, condenando a la entidad demandada a devolver las cantidades indebidamente abonadas más los intereses legales. Asimismo, se interesa la nulidad de la cláusula de intereses de demora.

La sentencia dictada en primera instancia estima parcialmente la demanda declarando la nulidad de la cláusula de intereses de demora de la escritura con nº de protocolo 121, dado el allanamiento de la demandada, y desestimándose la pretensión de nulidad de las cláusulas suelo impugnadas al negar a los prestatarios la condición de consumidores pues la adquisición de los inmuebles tenía por finalidad la obtención de un ánimo de lucro mediante la especulación.

Frente a dicha resolución, la parte demandante interpone recurso de apelación que basa en la infracción del art 3 del TRLGDCYU y el art. 28 de la Directiva 93/2013/CEE, entendiendo que la cláusula impugnada no supera el doble control de transparencia exigido por la jurisprudencia.

La parte demandada-apelada se opuso al recurso de apelación solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO: La principal cuestión controvertida en esta segunda instancia es la determinación de la condición de consumidores de los prestatarios en los dos préstamos de novación cuyas cláusulas suelo son objeto de impugnación. Para resolver esta cuestión debemos de partir de la STS nº 356/2018, de 13 de junio resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor recogida en la STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems), y establece las siguientes pautas:

"(i) El concepto de "consumidor" debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una





misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

(ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

(iii) Dado que el concepto de "consumidor" se define por oposición al de "operador económico" y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de "consumidor"

(iv) Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato".

En el caso de autos, la entidad financiera demandada fundamenta la condición de no consumidores de la parte prestataria en el hecho de que el destino del inmueble adquirido fue la especulación. Tal y como señala la STS nº 16/2017, de 16 de enero la presencia de un ánimo de lucro en la contratación realizada por una persona física no excluye la condición de consumidor siempre y cuando no se convierta en la actividad económica habitual del sujeto. Así, en la citada sentencia se establece que "La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo, en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión.

Además, la redacción del art. 3 TRLGDCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14).

2. A su vez, la reforma del mencionado art. 3 TRLGDCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que





se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom"

Analizando la documental obrante a autos, en concreto, la declaración de la renta aportada por los demandantes en el acto de la audiencia previa, resulta que los principales ingresos de la actora derivan de la actividad agrícola. Por ello, aún cuando se considerara acreditado que el destino del inmueble adquirido fuera la especulación inmobiliaria, esta intención lucrativa no excluye la condición de consumidor salvo que se trate de una actividad económica habitual, circunstancia que en modo alguno ha sido acreditada en el caso de autos, en este sentido la propia empleada de la entidad reconoció que la adquisición de la vivienda para "especulación" fue un hecho puntual (min. 30 del juicio).

Por todo ello, una vez afirmada la condición de consumidores de los prestatarios debe estimarse en este punto el recurso de apelación procediendo analizar la validez de las cláusulas suelo incorporadas en las dos escrituras de novación otorgadas el 22 de enero de 2008 con nº de protocolo 120 y 121.

TERCERO.- La estimación del recurso en esta primera cuestión nos lleva a analizar a continuación la validez de las cláusulas suelo objeto de impugnación. Con carácter previo, ante la insuficiencia de los medios de prueba propuestos por la demandada, en aras a acreditar el carácter negociado de la cláusula, debemos afirmar que nos encontramos ante una condición general de la contratación. En este sentido es de aplicación al caso de autos lo dispuesto en la STS de 29 de noviembre de 2017 que sintetiza la doctrina jurisprudencial consolidada sobre la materia de la siguiente forma:

a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar





con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar.

b) *No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.*

c) *Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.*

d) *La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.”*

Una vez declarada el carácter de condición general de la contratación de las cláusulas impugnadas han de ser sometidas al control de transparencia establecido en la STS de 9 de mayo de 2013, debiéndose concluir que, analizada la prueba practicada, no puede entenderse superado el doble filtro de transparencia en los términos establecidos por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

La STS de 8 de junio de 2017, pone de relieve, como también la STS de 9 de marzo de 2017, ante el ejercicio de acción individual, que incumbe al Banco probar que, con anterioridad a la contratación, suministro una información clara y precisa sobre la existencia de la cláusula suelo, y la trascendencia que la misma tenía sobre el contrato, sin que la determinación de la carga probatoria, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales señalados implique indefensión.

Como señala la STS de 24 de noviembre de 2017 *“Tanto la jurisprudencia comunitaria, como la de esta sala, han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar”, casando la sentencia recurrida por no haber “tomado en consideración este criterio, pues no ha dado trascendencia a que no se hubiera proporcionado al demandante, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la cláusula suelo”.*

En los mismos términos se expresa la STS de 1 de diciembre de 2017, recordando que: *“el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga «antes de la celebración del contrato» de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dicha celebración. De forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo”.*

La parte demandada no justifica la entrega de información precontractual. Como recuerdan las recientes STS de 10 de abril y 23 de marzo de 2018, con cita de la STS de 1 de diciembre de 2017, es preciso que en la información





precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece, con conocimiento del consumidor del efecto que sobre el precio del préstamo podía operar la limitación del interés variable por debajo.

Por todo lo expuesto, y en la medida que concurren los seis signos reveladores de la falta de transparencia de las cláusulas suelo establecidos por la STS de 9 de mayo de 2013, ha de considerarse suficiente para concluir que la entidad demandada no informó perfectamente a los demandantes de que, en el caso de bajar el índice de referencia, su préstamo se convertiría, de facto, en un préstamo a interés fijo en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio, por lo que el mismo no pudo comprender de modo real el alcance y repercusión que la cláusula tendría en el futuro.

No habiendo superado las cláusulas impugnadas el doble filtro de transparencia establecido por la jurisprudencia consolidada de nuestro Tribunal Supremo, procede declarar la nulidad de las cláusulas limitativas del interés variable que se contienen en las escrituras públicas autorizadas por el Notario de Albuñol D. José Eduardo Garrido Mora con n.º de protocolo 121 y 122 el 22 de enero de 2008.

Conforme a la doctrina fijada en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 posteriormente asumida por la STS de 24 de febrero de 2015 la consecuencia de la nulidad de la cláusula suelo debe ser la restitución a la parte actora de las cantidades que se hubiesen cobrado en exceso respecto al interés variable pactado como consecuencia de la cláusula declarada nula más los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

Dado que la estimación de del recurso supone la estimación de la demanda, procede imponer, conforme prevé el art. 394 LEC, las costas de la primera instancia a la parte demandada.

CUARTO.- Al haberse estimado el recurso de apelación conforme a lo dispuesto en los artículos 398.2 LEC, no procede imponer las costas devengadas en esta segunda instancia

FALLO

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por D. y D^a N contra la Sentencia 19 de diciembre de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia 9 bis de Granada en los autos 1536/2017 al que se acumulan los autos 1546/2017, reformando la misma y declarando la nulidad de las cláusulas que establecen el límite de la variación del tipo de interés incorporadas en las escrituras públicas autorizadas por el Notario de





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Albuñol D. José Eduardo Garrido Mora con n.º de protocolo 121 y 122 el 22 de enero de 2008, condenando a la entidad financiera demandada a recalcular y rehacer el cuadro de amortización sin incluir la cláusula suelo y a devolver las cantidades indebidamente abonadas desde la fecha de constitución del préstamo hasta la eliminación efectiva de la cláusula suelo más los intereses legales desde la fecha de cada cobro con expresa condena en costas a la parte demandada

No procede imponer las costas devengadas en segunda instancia.

Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra esta resolución cabe recurso de casación siempre que la resolución del recurso presente interés casacional a interponer ante este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS, a contar desde el siguiente a su notificación, siendo resuelto por la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."

