

**Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, Sentencia de 23 Mar. 2012, rec.
37/2012**

Ponente: Sancho Fraile, Juan Francisco.

Nº de Sentencia: 126/2012

Nº de Recurso: 37/2012

Jurisdicción: CIVIL

LA LEY 37450/2012

CONTRATO. Condiciones generales de la contratación. Cláusulas abusivas.

Texto

En Burgos, a veintitrés de marzo de dos mil doce.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00126/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

-

Domicilio: SAN JUAN 2

Telf: 947259950

Fax: 947259952

Modelo: SEN090

N.I.G.: 09059 42 1 2011 0000379

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 000037 /2012

Juzgado procedencia: JDO. MERC. 1 (ANT.1A.INSTANCIA 4) de BURGOS

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000011 /2011

RECURRENTE: CAJA RURAL DE BURGOS

Procurador/a: CARLOS APARICIO ALVAREZ

Letrado/a: PEDRO JESUS GARCIA ROMERA

RECURRIDO/A: Juan Alberto

Procurador/a: ALVARO BENJAMIN MOLINER GUTIERREZ

Letrado/a: OSCAR MOLINUEVO DIEZ

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **DON JUAN SANCHO FRAILE**, Presidente, **DON ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA y DOÑA MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR**, ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A N º 126

VISTOS , por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el rollo de Sala núm. **37/2012**, dimanante de procedimiento Ordinario, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Burgos, en recurso de apelación interpuesto contra sentencia de fecha 19 de septiembre de de 2011, sobre nulidad cláusula contractual, en el que han sido partes, en esta instancia, como demandante-apelante, DON Juan Alberto , representado por el Procurador don Alvaro Moliner Gutiérrez y defendido por el Letrado don Oscar Molinuelo Diez; y, como demandada-apelada, CAJA RURAL DE BURGOS, COOPERATIVA DE CRÉDITO, representada por el Procurador don Carlos Aparicio Álvarez y defendido por el Letrado don Pedro García Romera. Siendo Ponente, el Ilmo. Sr. Magistrado DON JUAN SANCHO FRAILE, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: "Que estimando como estimo la demanda formulada por el Procurador Sr. Moliner Gutiérrez en representación de D. Juan Alberto , debo declarar y declaro nula, por abusiva, la estipulación tercera de la escritura de hipoteca, suscrita el día 15 de mayo de 2.008, entre las partes litigantes, integrando la parte del contrato afectada por la nulidad, con las estipulaciones tercer del contrato afectada por la nulidad, con las estipulaciones tercera y tercera bis, existentes en el contrato de fecha 26 de mayo de 2.006, debiendo condenar y condeno a la CAJA RURAL DE BURGOS COOPERATIVA DE CREDITO, a estar y pasar por la anterior declaración y a cumplir con la misma, en cuanto a las costas procede su imposición a la parte demandada".

2º: Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación del demandado, se presento escrito preparando recurso de apelación, que posteriormente formalizó, mediante otro escrito, dentro del término que le fue concedido al efecto. Dado traslado a las otras partes, para que en término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución apelada, presentó escrito de oposición al recurso, que consta unido a las actuaciones, 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 quince de marzo de dos mil doce, en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la representación de la parte demandada y apelante, Caja Rural de Burgos, se impugna la sentencia de instancia pretendiendo en esta alzada su revocación y se desestimen las pretensiones de la demanda, con imposición de las costas de primera instancia a la parte actora.

La parte apelante alega, como primer motivo de impugnación de la sentencia recurrida, la infracción por errónea interpretación y aplicación de la Ley 7/1988 sobre condiciones generales de la contratación (arts. 7 y siguientes).

Este motivo plantea la cuestión de si las cláusulas suelo, establecidas en un préstamo con garantía hipotecaria, son o no condiciones generales de la contratación.

La sentencia de instancia atribuye esta naturaleza, por remisión material a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, de fecha 30 de septiembre de 2010 . La parte apelante, por el contrario, alega que no tienen esa naturaleza, con remisión a la argumentación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 7 de octubre de 2011, Sección Quinta, que revoca la Sentencia del Juzgado, antes mencionada, añadiendo otra argumentación en relación al caso concreto.

SEGUNDO.- La parte actora y apelada no cuestiona, apriorísticamente, la legalidad de las cláusulas suelo, o techo, sino su abusividad.

Como expresa la sentencia de la Audiencia citada, "La existencia de pactos de limitación de intereses variables (las cláusulas suelo y techo), en la contratación de préstamos hipotecarios está prevista y regulada en el anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994, Cláusula 3ª bis, apartado 3. Por tanto, su viabilidad legal es incuestionable en cuanto están previstas en la normativa sobre transparencia bancaria" -afirmación que se comparte-; pero, sigue diciendo que "Ello no impide que sean sometidas a un control de abusividad por los Tribunales". Y sucede que, la sentencia de instancia dispone la nulidad de la cláusula litigiosa, "por abusiva".

No obstante, este Tribunal, en sentencia nº 40/2012, de 2 de febrero , calificó la cláusula suelo como "una verdadera condición general", a lo que no se opone el hecho de que recaiga sobre un elemento esencial del contrato, como es la contraprestación que recibe la entidad financiera por el préstamo, bien que, en el presente caso, al tratarse de una persona física el prestatario, tiene la condición de consumidor, por lo que es aplicable la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998, de 13 de abril (LA LEY 1490/1998) como la legislación de consumidores, TRLGDCU (LA LEY 11922/2007) -arts. 7 y 8 , y 80 y 82.1 respectivamente-, lo cual, aunque sea relevante, no se aprecia como determinante, pues no puede desconocerse la perspectiva contractual del abuso del derecho.

La naturaleza de condición general deriva porque, de ordinario, se impone por la entidad bancaria al usuario, sin que el prestatario haya podido influir en sus términos, limitándose a aceptarla y adherirse a ella, sin una efectiva y real negociación. No se desnaturaliza por el hecho de que, en ciertos casos y clientes, se establezcan otras condiciones parecidas, o no se establezca las cláusulas litigiosas -con tipo de interés variable y referencial, por otro fijo- en atención a otras razones, comerciales o por el cliente.

La sentencia de este Tribunal, ya citada, declara que "La cláusula suelo, como las que fijan un techo al tipo de interés, forman parte del precio, que es elemento esencial del contrato ... no son cláusulas accesorias, pues funcionan de la misma forma que cuando se pacta ... un interés fijo".

En esta misma línea argumental, procede recordar la S.T. Supremo de 4 noviembre 2010, sobre nulidad de las cláusulas de redondeo en los préstamos hipotecarios, la cual, considera pertinente la aplicación del art. 8-ap.2 de la Ley 7/1998 , sobre condiciones generales de la contratación, y en relación a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida (asumiendo el criterio del T.J.U.E., Sentencia 3 junio 2010).

La S.T.S. mencionada califica, la cláusula allí litigiosa, como condición general, por tratarse de estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En el Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, doc. 7 contestación, folios 105 y siguientes, se dice, en relación a estas cláusulas, que "Un análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones.

Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente".

Esta apreciación, corrobora la calificación jurídica atribuida y sugiere el grado de conocimiento débil que tenía el actor, y la incorporación a la escritura, como una propia condición general.

La escritura de hipoteca litigiosa es de 15 de mayo de 2008, y la minuta lleva fecha de 13 de mayo anterior -doc.4 demanda- que se remite a la notaria esa fecha, a las 13.09, folio 58.

La oferta vinculante -doc. 2 contestación, folio 91- lleva la misma fecha, pero no se sabe con certeza si se entregó al cliente en esa misma fecha -se admite la presentación de una serie de documentos a la firma del mismo, el día 16 de mayo de 2008-, pero no consta que, ese documento, fuera recibido por el cliente.

Esta falta de constancia de información sobre el contenido de la cláusula litigiosa, y el eventual conocimiento que de ella tenía el actor antes del otorgamiento de la escritura, se pone de relieve en el expediente seguido al efecto por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, cuando se señala en el Informe definitivo que, "En el caso que nos ocupa, la escritura de préstamo hipotecario otorgada con fecha 26/05/2006, no contempla los límites ahora cuestionados. Es en la novación de dicho préstamo, que se formaliza en escritura de ampliación y novación modificativa de préstamo, otorgada ante notario con fecha 15/05/2008, donde en su cláusula TERCERA BIS, referida al tipo de interés variable, se establece ex novo que este tipo de interés, con independencia de la variabilidad pactada en los párrafos anteriores, estará limitado a un mínimo del CINCO ENTEROS CINCUENTA CENTÉSIMAS POR CIENTO (5,50 %) y un máximo del DIECISIETE ENTEROS CINCUENTA CENTÉSIMAS POR CIENTO (17,50%). Dado que la entidad, ante las manifestaciones de su cliente de no haber sido informado previamente sobre dicha cláusula, no acredita haber facilitado al mismo dicha información con antelación al otorgamiento ante notario de la citada escritura de ampliación y novación modificativa de préstamo, es por lo que este Servicio entiende que Caja Rural Burgos incurrió en una falta de transparencia informativa hacia el mismo que no puede considerarse ajustada a las buenas prácticas y usos bancarios".

Estas cláusulas son instrumentos de cobertura del riesgo de la variabilidad de los tipos de referencia de los préstamos hipotecarios, y sujetos a los deberes de información exigidos por el R.D.L. 2/2003 y Ley 36/2003 (LA LEY 1706/2003), de 11 de marzo, de Medidas de Reforma Económica, cuyo art. 19 exige expresamente su constancia en la oferta vinculante previa -que no consta se hiciera llegar al cliente antes del otorgamiento de la escritura-.

TERCERO.- La parte apelante alega la infracción por errónea interpretación e indebida aplicación de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios sobre cláusulas abusivas (arts. 82.1 , 82,4 c) y 87).

La sentencia de instancia funda el carácter abusivo en el desfase apreciado de las mismas en relación a las cláusulas techo que las acompañan -falta de reciprocidad o de semejanza de límites-.

Establecen aquellos preceptos que, "Se consideraran cláusula abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Son abusivas las cláusulas, en todo caso, "c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato".

"Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario...".

En el presente caso se aprecia esa falta de reciprocidad y un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato.

En el supuesto procesal, al tiempo de la firma de la escritura, el tipo de la hipoteca ascendía a 5,794 % -4,994 % euribor anual mas 0,80 diferencial -un poco mas por encima del mínimo, 5,50 %; mientras que el tipo de interés máximo estipulado era el de 17,50 % -haría falta que los tipos subieran un 11,706 % para que el consumidor tuviera beneficio, que el banco tendría con la rebaja de poco mas de dos centésimas-.

Las limitaciones al alza y a la baja no son semejantes, porque la relación es desproporcionada por el lado del tipo de subida o techo, en relación al señalado como suelo.

Nótese que, incluso, la propia escritura no tiene en cuenta el interés máximo de 17,50 %, cuando se fija a los efectos hipotecarios un tipo del 15 %, y el interés de demora en el 18 % (Cláusula Sexta).

El informe del Banco de España, BOGG, de 7 de mayo de 2010, página 20, folio 109 vto., se refleja, para las hipotecas de 2008, con cláusulas techo y suelo, unas medias de 14,03 y 3,43.

Con el euribor anual de mayo de 2009 y 2010, con el 0,80 diferencial, se situaría en menos de la mitad del interés mínimo suelo, con la concreta consecuencia económica por la baja del euribor, que el cliente no obtendría, frente a eventuales subidas, difícilmente alcanzables, respecto del tipo máximo, como susceptibles de afrontar.

La reciprocidad implica que cubre a ambas partes en igual o análoga medida la cobertura o limitación de riesgos de variabilidad; y vulnera el justo equilibrio de las partes en perjuicio del consumidor, las cláusulas suelo y techo con limites altos, en relación al tipo oficial fijado en cada periodo, lo que sucede en el presente caso, como se ha argumentado anteriormente; y especialmente referible al techo, difícil de asumir o ser afrontada por el cliente -reacuértese, un 17,50 %; superior al que se

fija a efectos hipotecarios, y próximo al interés de demora, que lleva inherente una penalización al retraso en el pago-.

CUARTO.- Con la hasta aquí expuesto, no se requiere mayor argumentación.

No obstante, a mayor abundamiento, el consentimiento prestado por el demandante se formó insuficientemente por falta de información, ni tuviera un conocimiento previo sobre la modificación de los tipos, ni cuales era los máximos y mínimos, hasta el mismo momento de otorgamiento de la escritura -en ella se alude a la "información mínima que deben conocer los clientes con la suficiente antelación a la firma de escritura"-.

Es lógico pensar que para el actor era mas beneficiosa la cláusula anterior, por la penalización que le suponía la modificada, por lo que al ser esta nula, por abusiva, subsiste la anterior, que no se ha extinguido o modificado por la novación.

QUINTO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a la parte apelante, y no apreciarse circunstancia legal que justifique otro pronunciamiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) .

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, **no** tificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.