



SENTENCIA 1160/2021

=====

ILTMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. MANUEL ESPINOSA LABELLA
MAGISTRADOS:
D. LAUREANO MARTÍNEZ CLEMENTE
D^a. MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS

=====

En la ciudad de Almería a 19 de octubre de 2021.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, ha visto y oído en grado de apelación, **Rollo nº 1012/20**, los autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Almería, seguidos con el nº 247/19, entre partes, de una como parte demandada apelante la entidad BANCO DE SANTANDER, SA, representada por la Procuradora D^a. Mercedes Martín García y dirigida por la Letrada D^a. Rocío Robles Rodríguez; y de otra como actor apelado [REDACTED], representado por la Procuradora D^a. Laura Contreras Muñoz y dirigido por la Letrada D. Fuensanta Cabrera Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la Sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO.- Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Almería, en los referidos autos se dictó Sentencia con fecha 29 de junio de 2020, cuyo Fallo dispone:

“Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por [REDACTED], representado por la Procuradora DONA LAURA CONTRERAS MUNOZ, contra la entidad BANCO SANTANDER, S.A.,



Código seguro de verificación:8Y12VVRMF7QTNLDEHTNCRNTFJDFTG.

Permite la verificación de la integridad del documento electrónico en la dirección: <https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MIGUEL MARTINEZ MULERO	FECHA	20/10/2021
	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS		
	MANUEL ESPINOSA LABELLA		
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE		
ID. FIRMA	8Y12VVRMF7QTNLDEHTNCRNTFJDFTG	PÁGINA	1/6



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

representada por la Procuradora DOÑA MERCEDES MARTIN GARCIA, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad por abusiva, teniéndolas por no puesta, de la cláusula suelo prevista en la escritura pública de compraventa de vivienda, subrogación y novación modificativa de préstamo hipotecario formalizada en fecha 1 de octubre de 2003 ante el Notario Don Higinio Pi Guirado con el número 2664 de su protocolo, con la siguiente redacción: "1-1.- Variación del Tipo de Interés Inicial. Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en el apartado anterior, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,000%". Todo ello, con los efectos legales inherentes a dicha declaración, subsistiendo la vigencia del resto del contrato en todo lo no afectado por las estipulaciones declaradas nulas; y, en su virtud:

1.- DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la referida cláusula «suelo» desde la fecha de celebración del contrato y hasta la fecha de su efectiva eliminación, resultando su cuantía del sumatorio de la diferencia existente entre los intereses abonados en aplicación de dicha cláusula suelo y los que resulten de suprimir la mencionada cláusula, aplicando el tipo de referencia más el diferencial previstos en la escritura y cuya determinación efectiva deberá producirse en ejecución de sentencia.

2.- DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a abonar el interés legal de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la cláusula suelo desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción.

3.- DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada al pago de las costas procesales."

TERCERO.- Contra la referida Sentencia por la representación procesal de la parte demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde se formó el rollo correspondiente, y seguido el recurso por sus trámites, se señaló para Votación, deliberación y Fallo el día 19 de octubre de 2021, solicitando en su recurso la parte apelante se dicte sentencia por la que revoque la de instancia en los términos interesados en su escrito. La parte apelada, en su escrito de oposición al recurso, solicitó la integra confirmación de la sentencia de instancia, con expresa imposición de costas a la apelante.

CUARTO.- En la tramitación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Laureano Martínez Clemente.



Código seguro de verificación:8Y12VVRMF7QTNLDEHTNCRNTFJDFTG.

Permite la verificación de la integridad del documento electrónico en la dirección: <https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MIGUEL MARTINEZ MULERO	FECHA	20/10/2021
	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS		
	MANUEL ESPINOSA LABELLA		
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE		
ID. FIRMA	8Y12VVRMF7QTNLDEHTNCRNTFJDFTG	PÁGINA	2/6

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia combatida estima íntegramente la demanda interpuesta por la parte actora, en la que se articulaba acción de nulidad de la cláusula suelo, del contrato de compraventa, subrogación y novación de préstamo con garantía hipotecaria suscrito el día 1 de octubre de 2003, del siguiente tenor literal: “1-1.- *Variación del Tipo de Interés Inicial. Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en el apartado anterior, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,000%*”. La sentencia resuelve el litigio, en lo que aquí nos interesa, declarando la nulidad de la cláusula. La demandada interpone recurso de apelación a fin de que se revoque la resolución combatida, alegando error en la valoración de la prueba y en la doctrina aplicable en relación a la nulidad de la cláusula suelo cuando estamos en un supuesto de subrogación. La actora apelada en trámite de oposición al recurso, solicitaron la confirmación de la sentencia recurrida.

Con carácter previo conviene destacar que no puede ser objeto de discusión, por lo tanto ocioso sería reiterar lo ya dicho en la propia sentencia, que la cláusula de la escritura de compraventa, subrogación y novación de préstamo con garantía hipotecaria suscrito el día 1 de octubre de 2003, en los términos que esta redactada, es palmariamente abusiva, como tiene declarado no solo nuestro Alto tribunal también la inmensa, por no decir todas, de las Audiencias, de conformidad con la doctrina sentada en la STS de pleno de 9 de mayo de 2013 nº 241/13.

El fundamento de la entidad para no acoger la demanda descansa en lo siguiente, nos encontramos ante un contrato de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario que grava la vivienda, es decir estamos en presencia del supuesto habitual en el que los compradores se subrogan en la hipoteca que tenía contratada el promotor, normalmente por sus condiciones más favorables, en ocasiones modificando algunas de las estipulaciones del préstamo, plazo o intereses. Aceptando que la cláusula quinta es una condición general de la contratación y que los actores son consumidores, considera la entidad bancaria prestamista que no es parte del contrato de compraventa documentado en escritura pública, así afirma que la entidad bancaria no tiene obligación alguna de información respecto de una relación obligacional en la que no intervino, además tiene ningún beneficio o interés en la inclusión de dicha cláusula, siendo ajena por completo a los efectos de la misma.



Código seguro de verificación:8Y12VVRMF7QTNLDEHTNCRNTFJDFTG.

Permite la verificación de la integridad del documento electrónico en la dirección: <https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MIGUEL MARTINEZ MULERO	FECHA	20/10/2021
	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS		
	MANUEL ESPINOSA LABELLA		
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE		
ID. FIRMA	8Y12VVRMF7QTNLDEHTNCRNTFJDFTG	PÁGINA	3/6

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, el recurso no debe ser atendido por cuanto no le asiste la razón jurídica a la recurrente, no se ajusta a la realidad que la entidad bancaria no sea parte o no tenga beneficio o interés por su intervención, o que sea ajena a los efectos de la cláusula, por lo que yerra la apelante cuando lo afirma.

Es preciso recordar que la subrogación del tercero en la posición del promotor implica una novación que requiere el consentimiento del banco prestatario, al que no le es indiferente quien sea el deudor y tendrá en definitiva que conceder o no la hipoteca, con mayor motivo en el supuesto que nos ocupa donde, además, se modifica el plazo y el interés. Es notorio que la entidad prestamista es la que diseñó, redactó e introdujo en el contrato primitivo el elenco de cláusulas que estimó pertinente y, entre ellas, la cláusula que imponía los gastos al prestatario. Las escrituras de préstamo hipotecario se redactan según la minuta proporcionada por la entidad bancaria, de manera que, tanto si en la escritura de subrogación hipotecaria se transcriben las cláusulas de la escritura del préstamo matriz, como si el texto se limita a recoger una referencia genérica a las cláusulas de esta última (supuesto más frecuente), el Banco no es ajeno a su contenido con las obligaciones que eso conlleva. La STS de 24-11-2017, con claridad dispone: *“En primer lugar, debe precisarse que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia.”* En igual sentido las SSTS de 24-1, 26-1, 15-3, 24-4, 4-6 y 15-6 todas de 2018 y la más reciente STS de 1-6-2020. El motivo no debe prosperar.

TERCERO.- Por cuanto se ha argumentado el recurso ha de sucumbir, manteniéndose, por tanto, la sentencia recurrida, con imposición a la parte apelante de las costas ocasionadas en la presente alzada, dada la total desestimación del recurso (art. 398.1 en relación con el 394.1 de la Ley de



Código seguro de verificación:8Y12VVRMF7QTNLDEHTNCRNTFJDFTG.

Permite la verificación de la integridad del documento electrónico en la dirección: <https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MIGUEL MARTINEZ MULERO	FECHA	20/10/2021
	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS		
	MANUEL ESPINOSA LABELLA		
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE		
ID. FIRMA	8Y12VVRMF7QTNLDEHTNCRNTFJDFTG	PÁGINA	4/6



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Enjuiciamiento Civil).

Vistas las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que con **DESESTIMACIÓN** del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada en fecha 29 de junio de 2020, por al Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado 1ª Instancia nº 9 de Almería, en autos de Juicio Ordinario de que deriva la presente alzada, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la expresada resolución con imposición a la parte recurrente de las costas de esta alzada.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento.

Información sobre recursos.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal por el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los Art. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- es el órgano competente para conocer de ambos recursos –si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella



Código seguro de verificación:8Y12VVRMF7QTNLDEHTNCRNRFJDFTG.

Permite la verificación de la integridad del documento electrónico en la dirección: <https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MIGUEL MARTINEZ MULERO	FECHA	20/10/2021
	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS		
	MANUEL ESPINOSA LABELLA		
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE		
ID. FIRMA	8Y12VVRMF7QTNLDEHTNCRNRFJDFTG	PÁGINA	5/6



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

incurrir, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la LO 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección de la Audiencia Provincial, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por los Istmos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando Audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.



Código seguro de verificación:8Y12VVRMF7QTNLDEHTNCRNTFJDFTG.

Permite la verificación de la integridad del documento electrónico en la dirección: <https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MIGUEL MARTINEZ MULERO	FECHA	20/10/2021
	MARIA DEL MAR GUILLEN SOCIAS		
	MANUEL ESPINOSA LABELLA		
	LAUREANO FRANCISCO MARTINEZ CLEMENTE		
ID. FIRMA	8Y12VVRMF7QTNLDEHTNCRNTFJDFTG	PÁGINA	6/6