

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1
SALAMANCA**

SENTENCIA: 00158/2017

N10250
GRAN VIA, 37-39

-

Tfno.: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34

2

N.I.G. 37274 42 1 2015 0004843

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000648 /2016

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.3 de SALAMANCA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000484 /2015

Recurrente: A [REDACTED] MARIA [REDACTED], [REDACTED]
Procurador: MARIA TERESA DOMINGUEZ CIDONCHA, MARIA TERESA DOMINGUEZ CIDONCHA
Abogado: ELIAS PLAZA LOPEZ BERGES, ELIAS PLAZA LOPEZ BERGES
Recurrido: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A.U.
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]

SENTENCIA NÚMERO 158/2017

ILMO SR PRESIDENTE

DON JOSÉ RAMÓN GONZÁLEZ CLAVIJO

En la ciudad de

ILMOS SRES MAGISTRADOS

Salamanca a veinte

DON JOSÉ ANTONIO VEGA BRAVO

de marzo del año dos mil

DON EUGENIO RUBIO GARCÍA

diecisiete.

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Procedimiento Ordinario Nº 484/15 del Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Salamanca, **Rollo de Sala Nº 648/2016**; han sido partes en este recurso: como demandantes apelantes **DOÑA [REDACTED] MARIA [REDACTED] Y DON [REDACTED]**, representada por la Procuradora Doña María Teresa Domínguez Cidoncha, bajo la dirección del Letrado Don Elías Plaza López-

Berges y; como demandado apelado **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA, S.A.U (CEISS, S.A.U.)**, representado por la Procuradora Doña [REDACTED], bajo la dirección del Letrado Don [REDACTED].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día doce de Julio de dos mil dieciséis, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia Nº 3 de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: “Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada en nombre y representación de [REDACTED] María [REDACTED] y [REDACTED], contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U., absolviendo a la demandada de todos los pedimentos de la actora. Todo ello, sin expresa condena en costas.”

SEGUNDO.- Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la Procuradora Doña María Teresa Domínguez Cidoncha en representación de Doña Asteria [REDACTED] y Don [REDACTED] concediéndole el plazo establecido en la Ley para interponer el mismo verificándolo en tiempo y forma, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando, se dicte sentencia en la que se proceda a estimar íntegramente la demandad condenando igualmente a Banco Ceiss S.A al abono de las costas de primera instancia.

Dado traslado de la interposición del recurso a la representación jurídica de la parte contraria, por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose e impugnando la sentencia, para terminar suplicando, se dicte sentencia por la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca por la que se desestime íntegramente el recurso de apelación de Don Óscar [REDACTED] y Doña [REDACTED] María [REDACTED] confirmándose íntegramente la sentencia apelada nº 160/2016 de 12 de julio de

2016, con expresa imposición a la parte actora-apelante de las costas procesales de la segunda instancia.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

CUARTO.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON EUGENIO RUBIO GARCÍA.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente Recurso de Apelación, formulado contra la sentencia dictada el 12 de julio de 2016 en los autos de Juicio Ordinario 484/2015 sobre nulidad de cláusula de límites a la variación del tipo de interés aplicable, en préstamo hipotecario, seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 a que se refieren estas actuaciones, cuyo fallo figura en los antecedentes de esta resolución.

La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta sobre la base de la existencia del contrato de 20 de mayo de 2010 de novación del préstamo hipotecario en virtud del cual se modificó la cláusula suelo del 4.50% que pasó a ser del 3.50% a partir del 20 de abril de 2010.

Se considera por el Magistrado de Instancia que en base a dicha novación los actores si negociaron la citada clausula, comprendiendo su significado económico y jurídico y que a través de este contrato se supera el doble control de transparencia (formal y sustantivo), que exige nuestra jurisprudencia, que se trata de una novación voluntariamente suscrita por los demandantes, quienes no pueden ahora quebrantar sus actos jurídicamente relevantes.

Contra esta argumentación se alega por la parte recurrente, al señalar que en ningún caso el contrato privado de novación de fecha 20 de mayo de 2010 tuvo lugar como consecuencia de una negociación entre el banco y los prestatarios y que una cláusula nula de pleno derecho no puede ser objeto de novación.

Frente a estos argumentos la representación de la parte apelada señala en esencia que si hubo una negociación individualizada y que la valoración probatoria realizada por el Juez de Instancia ha sido la correcta.

SEGUNDO. Expuestos de esta forma los términos del litigio tenemos que empezar por distinguir dos momentos respecto a la denominada cláusula suelo, uno el existente entre el firma del contrato de préstamo hipotecario de fecha 29 de marzo de 2007 hasta la fecha de celebración del contrato de novación de 20 de mayo de 2010 y un segundo periodo desde la firma del contrato referido.

En relación al primer periodo aplicando la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia y conocida por ambas partes, debe reputarse dicha cláusula nula al no cumplir los requisitos necesarios de transparencia.

Las cláusulas suelo deben superar el control de inclusión en el contrato (cómo se incorporan al contrato y si son claras) y además el control de transparencia cuando están incorporadas a contratos con consumidores (qué información se le dio al cliente tanto de forma previa como en el momento de la contratación, para determinar si era o no consciente de las consecuencias económicas y jurídicas de la inclusión de la cláusula en el contrato)...En nuestra normativa interna, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación al contrato a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, y 7 LCGC -"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (...); b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles..."

La detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1.994, que regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja), garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por el art. 7 de la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor, lo que en definitiva supone el cumplimiento del control o filtro de inclusión.

El Tribunal Supremo señala que el control de transparencia excede el control de incorporación, al que se refiere la LCGC al tratar de la no incorporación y la nulidad de determinadas condiciones generales. La sentencia señala la exigencia de un control adicional que denomina doble filtro o control de transparencia adicional, en virtud del cual, aún habiendo superado los requisitos de incorporación, éstos pueden resultar ineficaces, señalando que la obligación de transparencia de este segundo filtro, tiene por objeto, "que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener". La falta de transparencia se identifican con la defraudación de la expectativa sobre el precio, concretamente se hace referencia a la conversión en la práctica de un contrato de interés variable, en un contrato a interés fijo.

De esta forma, la cláusula suelo sería lícita si su alcance y consecuencias hubieran sido conocidas por el adherente. En este sentido, en el apartado séptimo

del fallo de la sentencia de 9 mayo 2013 se enumeran una serie de circunstancias que han sido tomadas en cuenta para valorar el carácter abusivo de la cláusula suelo por un defecto de transparencia: a) la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero; b) la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; c) la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; d) su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del adherente; y e) la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

Teniendo en cuenta toda la doctrina jurisprudencial anterior, en el supuesto que nos ocupa la cláusula suelo no supera ninguno de los controles de incorporación ni transparencia definidos, pues si bien consta que hubo oferta vinculante firmada por el prestatario, no consta ni que a la parte apelante se le hubiera proporcionado folleto informativo, ni hay una constancia real de que se hubiera efectuado una información de los efectos que podrían tener esta cláusula, ya que no consta la existencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar y no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad

En relación a la oferta vinculante (documento nº 2 de la demanda, folio 135) es especialmente significativo que la referencia al interés mínimo consta en un tamaño de letra muy inferior al resto de la letra del documento y al contrario de otra información no aparece en negrita.

Por todo ello, es claro que al menos hasta el 20 de mayo de 2010 procede declarar la nulidad de la cláusula suelo que figura la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 29 de marzo de 2007.

TERCERO. Expuesto lo señalado en el fundamento anterior, se trata de determinar la validez de la novación de la cláusula suelo efectuado por contrato de 20 de mayo de 2010 y en virtud del cual la misma pasó del 4.50% como interés mínimo al 3.50%.

En este caso es evidente que los demandantes eran concededores de la existencia de la cláusula suelo, existió una negociación individualizada sobre la misma y fueron conscientes de las consecuencias económicas de ella, por lo que en este supuesto si se supera el doble control de transparencia exigido en la normativa.

No obstante el problema se centra no en determinar si en el momento de la novación los prestatarios son plenamente conscientes de los efectos de la cláusula suelo, sino en si es posible la novación de una cláusula que es nula.

Sobre este extremo se han pronunciado diversas audiencias, así por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de catorce de diciembre de dos mil dieciséis señala que:

“En este sentido el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha declarado respecto a la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que infrinjan la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores aunque no hayan sido aplicadas que:

"La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo -añadimos radicalmente nulo- ningún efecto produce - quod nullum est nullum producir efectuó -. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual. De otra parte, la libertad contractual en la que se justifica su validez parte precisamente, no de un ámbito ilimitado contractualmente de la misma, sino, precisamente, de la validez de la cláusula que es nula y la percepción del carácter más favorable para el consumidor de la que se sustituye, cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. Incluso desde la propia eficacia del negocio jurídico, la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno -en este sentido, pueden citarse la sentencia de la AP de Ciudad Real (Sección Primera) de 5 de marzo de 2014 y la de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Burgos de fecha 12 de septiembre y 17 de octubre de 2013-. Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación ex novo a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto.

En definitiva, no puede ser admitida la renuncia a la aplicación de la cláusula tachada de nula o la novación de la misma por otra más favorable al consumidor como causa de enervación de la apariencia de buen derecho".

En el mismo sentido la sentencia de Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 10 de enero de 2017 "...Entiende el Banco demandado que el filtro o control de transparencia o de comprensividad real de la cláusula, queda evidenciado por la existencia entre las partes una novación por las que se estableció un tipo de interés fijo de 3% hasta el vencimiento del préstamo, novación que se formalizo en un documento privado que no ha sido impugnado de contrario (doc. 1 Contestación). No comparte la Sala la interpretación que el banco demandado hace del dicho pacto privado de novación. Carece tal pacto de la validez y el valor jurídico que interesadamente le confiere ya que su formalización, a iniciativa del propio banco, no tuvo otra causa y justificación que la propia existencia de la cláusula cuya nulidad aquí ha sido apreciada por falta de transparencia y efusividad. Esta cláusula y la obligación que comportaba insertas en el escritura pública de préstamo hipotecario, no quedó anulada, ni tampoco convalidada o subsanada por virtud dicho pacto privado ya que este se limitó a modificar a la baja en medio punto (0,50%) el tipo de interés mínimo (suelo) inicialmente fijado por la citada clausula, rebaja que fue aceptada por los consumidores prestatarios con el fin lógico y humanamente comprensible, de atenuar en lo posible la carga o gravamen que comportaba la estricta aplicación de la cláusula suelo por parte del Bando demandado. Se trata en suma de un pacto secundario condicionado y derivado de la propia cláusula suelo que subsistía en el préstamo aunque rebajada en medio punto. Como bien recuerda la Sentencia dictada por la AP Asturias de fecha 17 de marzo de 2016 al tratar un supuesto similar, de novación en documento privado del tipo mínimo (suelo), "nuestra Jurisprudencia desde la STS de 10 de noviembre de 1964 admite que es posible la propagación de la ineficacia contractual a otros actos que guarden relación con el negocio declarado invalido, .. Doctrina que se mantiene en la actualidad y así cabría citar la sentencia de dicho tribunal de 17 de junio de 2010 cuando señala que si los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, de tal modo que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es la consecuencia suya... ."

En el presente caso es de aplicación la doctrina expuesta en la sentencias anteriores ya que no se puede considerar que la negociación respecto a la cláusula suelo existente haya sido una negociación libre y viene claramente afectada por la existencia de la cláusula en el contrato de préstamo hipotecario inicial, por lo que parece evidente que la intención de los prestatarios era reducir los efectos perniciosos de una cláusula que no debería haber existido por lo que no es posible la convalidación de la misma.

En consecuencia procede estimar el recurso de apelación interpuesto.

En relación a las costas procesales de primera instancia no procede la imposición de las mismas al ser una cuestión como mantiene la sentencia de instancia que ha estado sujeta a diversas interpretaciones.

CUARTO. Respecto a las costas procesales no proceda efectuar expresa imposición de las derivadas de esta alzada, a tenor de la regla prevista en el núm. 2 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que prevé que no se condenará en las costas del recurso a ninguno de los litigantes en caso de estimación total o parcial del mismo.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes constitucionalmente conferidos por el pueblo español.

FALLAMOS

Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal **DOÑA ASTERIA MARÍA** [REDACTED] y **DON** [REDACTED] frente a la sentencia dictada el día 12 de julio de 2016 por el Ilmo. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Salamanca,



en los autos de Juicio **Procedimiento Ordinario 484/15** del que dimana este Rollo, en el sentido siguiente:

1º.- Declarar la nulidad de la cláusula suelo, establecida en el párrafo interesado del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 29 de marzo de 2007, relativo a la fijación de una limitación a la variación del tipo de interés cuyo texto es el siguiente “..Sin que en ningún caso el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior al cuatro con cincuenta por ciento”

2º.- Condenar a la entidad demandada a eliminar dicha Condición General de la Contratación limitativa del tipo de interés aplicable del contrato de préstamo objeto del litigio.

3º.- Condenar a la entidad demandada a la devolución a los demandantes de las cantidades que se hubieran cobrado a la parte actora en virtud de la condición declarada nula y sus intereses desde el 09/05/2013.

Se mantiene la no imposición de costas efectuadas en primera instancia.

Sin efectuar especial imposición de las causadas en este recurso de apelación.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así por esta mi sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA