



Roj: **SAP Z 1629/2016 - ECLI: ES:APZ:2016:1629**

Id Cendoj: **50297370052016100220**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **11/10/2016**

Nº de Recurso: **464/2016**

Nº de Resolución: **478/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**ZARAGOZA**

**SENTENCIA: 00478/2016**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA**

**SECCION QUINTA**

N10250

DIRECCION.- C/ GALO PONTE Nº 1 DE ZARAGOZA-50.003

Tfno.: 976208053-055-051 Fax: 976208052

**N.I.G.** 50297 42 1 2015 0029981

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000464 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de ZARAGOZA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001161 /2015

Recurrente: IBERCAJA BANCO S.A.

Procurador: SONIA PEIRE BLASCO

Abogado: DIEGO SEGURA ARAZURI

Recurrido: Constancio , Bárbara

Procurador: ISABEL ARTAZOS HERCE

Abogado: MATIAS FORNIES ABADIA

**SENTENCIA núm. 478/2016**

**ILMOS. Señores:**

**Presidente:**

D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA

**Magistrados:**

D. ANTONIO PASTOR OLIVER

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En ZARAGOZA, a Once de Octubre de dos mil dieciséis.

**En nombre de S.M. el Rey,**



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1161/2015, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 1 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 464/2016, en los que aparece como parte apelante, IBERCAJA BANCO S.A., representado por la Procuradora de los tribunales, Dña. SONIA PEIRE BLASCO, asistido por el Abogado D. DIEGO SEGURA ARAZURI, y como parte apelada, D. Constancio , y Dña. Bárbara , representados por la Procuradora de los tribunales, Dña. ISABEL ARTAZOS HERCE, asistido por el Abogado D. MATIAS FORNIES ABADIA, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 1 de Julio de 2016 , cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: "Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO totalmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Artazos Herce, en representación de D. Constancio y Dña. Bárbara , frente a la mercantil Ibercaja Banco SAU, realizándose los siguientes pronunciamientos: 1°. Se declara la nulidad de la cláusula establecida en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 15 de noviembre de 2007 suscrito por las partes, denominada "Instrumento de cobertura del tipo de interés" que "fija el tipo de interés mínimo en el 3,25 por ciento nominal anual". 2°. Se condena a la entidad bancaria Ibercaja Banco S.A. a que elimine dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demandante, debiendo liquidarse los intereses remuneratorios del préstamo al Euribor +0,90% (menos bonificaciones), manteniéndose la vigencia del préstamo hipotecario suscrito por las partes sin la aplicación del límite de suelo fijado en la misma. 3°. Se condena a la entidad bancaria Ibercaja Banco S.A. a devolver a la demandante las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula desde el 9 de mayo de 2013 hasta la efectiva eliminación de dicha cláusula, a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases de recalcular y aplicar el Euribor +0,90% (con la rebaja en su caso de las bonificaciones a las que tuviera derecho conforme a lo pactado) frente a los diferenciales y/o intereses realmente cargados. Igualmente, a amortizar en el préstamo la cantidad que se determine y (a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde el 9 de mayo de 2013 y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo. 4°. En cuanto a las costas procesales, se imponen a la parte demandada."

**SEGUNDO.-** Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de IBERCAJA BANCO S.A., se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Recibidos los Autos, y personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 3 de Octubre de 2016.

**CUARTO.-** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes procesales

Solicitada la nulidad de una cláusula de limitación del tipo mínimo de interés en una escritura de modificación de préstamo con garantía hipotecaria y su novación, la demandada alegó la comprensibilidad real de la misma en base sustancialmente a la previa entrega a la compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario inicial de un documento privado de "solicitud de subrogación del préstamo hipotecario" del promotor a los actores que fijaba con claridad las condiciones financieras del mismo. Además alegó que existen verdaderos actos propios de la actora que demuestran que el deudor comprendió la cláusula litigiosa como son los diversos documentos de novación contractual firmados por el demandado, que además suponen una ratificación del contrato y una renuncia a reclamar.

La sentencia de la instancia estimó la demanda.

La demandada formula recurso de apelación fundada en que:

-El denominado documento privado de "solicitud de subrogación contractual" disipa la duda de la comprensibilidad real del contrato de préstamo con garantía hipotecaria original.

-Que el mismo superaba el control de incorporación.

-Que ha existido un documento privado de novación contractual a lo largo del tiempo referidos a la cláusula suelo y en fecha posterior a la STS de 9 de mayo de 2013 .



-Que los indicados documentos novatorios -público en 2007 y privado en 2014- suponen la ratificación del contrato original aceptando la cláusula suelo y que existe una renuncia a la acción entablada por la suscripción del documento de novación contractual del año 2014.

La actora reitera los argumentos de la instancia.

### **SEGUNDO.- Control de transparencia de la condición general que impone la cláusula de interés mínimo**

A juicio de la demandada la cláusula suelo fue objeto de la debida información y explicación por la entidad al tiempo de suscribir los contratos de préstamo hipotecario. Tal conclusión la obtiene la misma de los siguientes elementos fácticos:

-La existencia de un documento privado de "solicitud subrogación del préstamo hipotecario" al deudor días antes de la suscripción de la escritura pública de compra de la finca con subrogación de hipoteca.

-La declaración de los trabajadores de la entidad que mantienen que tanto el préstamo inicial y sus condiciones como el contenido de las novaciones contractuales que rebajaban el tipo de la cláusula suelo realizadas en los años 2007 y 2014 les fueron explicadas.

-Las propias novaciones contractuales realizadas posteriormente demuestran que la indicada cláusula era objeto de conocimiento en la forma exigida por la doctrina del TS.

En un supuesto que presenta similitudes, esta Sala en su sentencia nº 156/2016, de 14 de marzo, declaró que:

El examen de la prueba muestra que las ofertas vinculantes aportadas por la entidad no figuran recepcionadas por el actor mediante su firma bajo un "recibí". Es la entidad financiera demandada la que tiene la carga de la prueba de la correcta información realizada base de la aceptación de la oferta realizada y la falta de recibí en las ofertas vinculantes unidas a autos unido al hecho de que las declaraciones de los empleados y la del actor presentan contradicción al respecto impiden dar como acreditado este hecho.

De otra parte, la declaración del notario autorizante en la escritura sobre la conformidad de la escritura con la oferta vinculante, la existencia de limitaciones al tipo de interés variable y la conformidad de la escritura con la oferta vinculante de la entidad no permite, más allá de la información suministrada con el tenor literal de la escritura, dar como acreditado que se explicó por este o por el personal de la entidad el contenido de la escritura y, en especial, la cláusula en litigio - la S.T.S. nº 464/2014, de 8 de septiembre -. Se trata de declaraciones reiteradas o rutinarias propias de todas las escrituras que no consta en el caso concreto se explicasen de forma detallada la verdadera trascendencia jurídica que las mismas tenían.

Las ulteriores novaciones, amén de no tener valor confirmatorio alguno como se verá, impiden ser un instrumento de prueba útil para acreditar que el contenido y extensión real de las cláusulas litigiosas, tanto en el aspecto jurídico como en el económico, le fue explicado al actor en el preciso momento de decidir sobre la aceptación o no de los créditos hipotecarios suscritos.

De otra parte, no consta se hiciera simulación alguna de los efectos económicos de la cláusula suelo en un contexto bajista de tipos de interés.

En definitiva, no se acredita por la entidad que se hubiera suministrado al actor la concreta información atinente al carácter limitado de la bajada del tipo de interés de la cláusula y su real trascendencia económica y que con tales circunstancias el deudor hubiera decidido libremente aceptar o no la indicada cláusula.

Por lo demás, la tantas veces reiterada condición general reúne las circunstancias que con carácter meramente enunciativo refiere la STS nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013 en su epígrafe 225 para negar la transparencia de la cláusula:

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) ..., se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".



En consecuencia, no existe el error en la valoración de la prueba denunciado en cuanto la practicada no ha acreditado que la cláusula hubiera superado el doble control de transparencia y hubiera sido aceptada por el consumidor con pleno conocimiento de su contenido y trascendencia".

En parecido sentido, pueden citarse la sentencia nº 167/2015, de 21 de abril, y la nº 410/2015, de 13 de octubre de 2015, ambas de esta Sala.

En el presente caso, han de darse tales declaraciones por reproducidas por no acreditarse de la prueba practicada por la demandada que de los elementos invocados se desprenda que la actora tuviera una comprensibilidad real de los efectos económicos de la asunción con el contrato de compraventa y subrogación de hipoteca de 28 de enero de 2005 de cláusula suelo inserta dentro de préstamo hipotecario a promotor. Igualmente, habrá que concluir que solo se ha aportado un documento privado de solicitud de subrogación del préstamo hipotecario al deudor que adolece de las mismas carencias que la escritura pública suscrita ante notario posteriormente en 2007, en cuanto del mismo tampoco no resulta la comprensibilidad real del conjunto de las obligaciones económicas contraídas. Todo lo dicho para la escritura pública, vale para la denominada "solicitud de subrogación de préstamo hipotecario". De otra parte, en ningún extremo de este se le impone obligación alguna a los consumidores por parte de la Entidad, sino que va dirigido a que esta exprese su conformidad respecto a la subrogación producida entre comprador y vendedor, esto es, a que autorice la cesión del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en modo alguno a ilustrar o informar a los actores -por más que exprese de manera estereotipada y farragosa las condiciones de la cesión- de la verdadera naturaleza económica de la operación, no es esa la función que se atribuye al documento reseñado.

### **TERCERO.- Carácter no confirmatorio de las novaciones contractuales realizadas**

Se alega que el actor conocía las características de la cláusula en litigio, por las ulteriores novaciones realizadas por el actor conociendo ya la cláusula y su contenido limitador de la bajada de los tipos de interés, así como que estos tenían carácter confirmatorio del contrato y suponían una renuncia a la acción. Tales documentos no tienen carácter confirmatorio de la validez y eficacia de la misma. Así, el *auto nº 77/2016, de 18 de febrero, (rollo 565/2015) de esta Sala* ha declarado que:

"En el caso concreto, la resolución de la instancia estimó que la sustitución o novación de la cláusula tachada de nula, al no rebasar el control de transparencia exigido por la norma y su interpretación jurisprudencial, era un acto dispositivo válido de la parte actora al amparo del *art. 1.255 del CC* y, por tanto, equivalía a una renuncia a la invocación de la nulidad sobre la cláusula resultante.

A ese respecto la actora con fundamento en diversa doctrina nacional y del TJUE mantiene la imposibilidad de convalidar las cláusulas nulas en origen aunque no hayan sido aplicadas.

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 producit effectum* -. 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".

Tal doctrina ha de ser reiterada en este acto y aplicada al caso enjuiciado referente a las novaciones producidas en 2007 -objeto de impugnación- y 2014.

Por ello, tampoco esta alegación ha de ser aceptada y ha de desestimarse íntegramente el recurso interpuesto.

#### **CUARTO.- Costas procesales**

Las costas de esta alzada se rigen por los *arts. 394 y 398 LEC*, por lo que, conforme a dichos preceptos, no se impondrán a la recurrente las costas del recurso.

En virtud de lo expuesto

#### **FALLO**

La Sala acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto por **IBERCAJA BANCO S.A.** contra la sentencia de 1 de julio de 2016 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Primera Instancia N° 1 de Zaragoza al que el presente rollo se contrae, confirmando la resolución recurrida en todos sus extremos con imposición de las costas a la recurrente.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir dada la desestimación del mismo.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación y extraordinario por interés vacacional, ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (n° 4887) en la Sucursal 8005 de Banesto, en la calle Torrenueva, 3 de esta ciudad, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.