



Roj: **SAP Z 1882/2016 - ECLI: ES:APZ:2016:1882**

Id Cendoj: **50297370052016100261**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **17/11/2016**

Nº de Recurso: **496/2016**

Nº de Resolución: **550/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5ZARAGOZA**

**SENTENCIA: 00550/2016**

N10250DIRECCION.- C/ GALO PONTE Nº 1 DE ZARAGOZA-50.003

Tfno.: 976208053-055-051 Fax: 976208052 **N.I.G.** 50297 42 1 2016 0008376

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000496 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de ZARAGOZA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000317 /2016

Recurrente: IBERCAJA SAU

Procurador: JUAN MANUEL ANDRES ALAMANAbogado: JESUS NIETO AVELLANED

Recurrido: Virginia

Procurador: SUSANA HERNANDEZ HERNANDEZAbogado: JAVIER DE LA TORRE GARCIA

**S E N T E N C I A nº 550/2016**

**ILMOS. SRES.**

**PRESIDENTE**

**D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA**

**MAGISTRADOS**

**D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER**

**D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

En Zaragoza, a diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis.

En Nombre de S.M. El Rey

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 317/2016, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) **496/2016**, en los que aparece como parte apelante-demandada, IBERCAJA SAU, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JUAN MANUEL ANDRES ALAMAN, asistido por el Abogado D. JESUS NIETO AVELLANED; y como parte apelada-demandante, Virginia , representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. SUSANA HERNANDEZ HERNANDEZ, asistido por el Abogado D. JAVIER DE LA TORRE GARCIA; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida de fecha 15 de julio de 2016 cuya parte dispositiva dice:

"ESTIMANDO la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Virginia , representado por la procuradora de los tribunales D<sup>a</sup> Susana Hernández Hernández, y bajo la dirección letrada de D. Javier de la Torre García, siendo parte demandada la entidad IBERCAJA BANCO, S.A. (antes, Caja de Ahorros de la Inmaculada), con CIF A99319030, representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Manuel Andrés Alamán y asistida por el letrado D. Jesús Nieto Avellaned, debo:

A) DECLARAR Y DECLARO la nulidad del instrumento de cobertura de tipos de interés, insertada en la escritura otorgada ante el notario D. Francisco Javier Hijas Hernández, de fecha de 7 de junio de 2006 nº de protocolo 2.077 de su protocolo, y su posterior rebaja mediante documento privado de fecha 6/2/2014.

B) CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a restituir a la actora la cantidad que se determine en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases: La suma, a partir del 9 de mayo de 2013 , de las diferencias entre la cantidad liquidada por la entidad financiera efectivamente abonada por el prestatario en cada periodo mensual de amortización y la cantidad que se debería haber pagado en dichos periodos mensuales sin tener en cuenta el instrumento de cobertura de tipos de interés declarado nulo ni la rebaja mediante nuevo suelo del 2.5%, más los intereses legales desde la interpelación judicial, de conformidad con el resto de las cláusulas financieras del contrato.

c) Y todo ello, con expresa imposición de las costas de esta instancia a la parte demandada."

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución la parte demandada interpuso recurso de apelación y dado traslado a la parte contraria se opuso, elevándose las actuaciones a esta Sala donde se registraron al número de rollo arriba indicado, señalándose día para deliberación, votación y fallo el 31 de octubre de 2016.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida, y

**PRIMERO.-** La cuestión central del presente recurso es tanto la nulidad de la cláusula suelo como la de su novación. La primera en contrato de préstamo de 7-6-2006 y la segunda el 6-3-2014.

La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda. Y recurre la parte demandada reiterando los argumentos de la contestación e insistiendo en la claridad de las cláusulas y el perfecto conocimiento y consentimiento libre e informado de la prestataria.

**SEGUNDO.-** La prueba practicada ha sido de doble naturaleza. Documental y la testifical del empleado bancario que formalizó la novación de dicha cláusula suelo.

En cuanto a los *controles* , este tribunal se ha expresado en su S. 459/15, 5-10, después de reiterar los principios recogidos de la S.T.S. 9-5-2013 , señaló, parafraseando la SAP Barcelona, secc. 15, 2-7, que: "*Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo*". Y añade: "*En nuestro caso, la exigencia de transparencia se proyecta de forma esencial en la aptitud de la cláusula para hacer comprender al consumidor que, si bien el interés pactado por el préstamo era variable, estaba sometido a un límite importante por debajo del cual no podría bajar, cualquiera que fuera la evolución del mercado y, como consecuencia, del índice al que se hubiera referenciado el tipo variable fijado*".

En este caso la cláusula suelo aparece como instrumento de cobertura de tipo de interés (no como interés mínimo), lo que no da idea de que va a suponer una modificación del pacto de interés variable que se anuncia y describe 7 páginas anteriores, profusas en datos sobre ese concepto jurídico-económico: el interés.

No existe, por tanto, *comprensibilidad real* , transparencia exigible. Tampoco el testigo (director de la sucursal) pudo añadir ningún dato al respecto, ya que en 2006 no estaba en esa sucursal. Por lo que procede confirmar la sentencia en este punto concreto.

**TERCERO.-** Por lo que atañe a la *novación* contractual llevada a cabo el 6-3-2014, es preciso tener en cuenta una serie de circunstancias.



La S.T.S. 9-5-2013 , tuvo que ser aclarada y complementada por A.T.S. 6-11-2013 . y en cuanto a sus efectos económicos hubo de ser concretada mediante S.T.S. 25-2-2015 . La cual aún hoy está sometida a discusión ante el T.J.U.E.

Por tanto, en estas condiciones de incertidumbre incluso para los expertos en Derecho, no se puede exigir certidumbre y vinculación a un consumidor, para llegar a concluir que su aceptación del "mal menor" (rebaja del suelo) constituya un acto propio en el estricto sentido que recaba el T.Supremo. El contexto esencial en que se desarrolla esta litigiosidad ( art. 3-1 C.c .) impide hablar de plena conciencia de los derechos que el análisis jurisprudencial (paulatino) le iba abriendo en sus expectativas negociales.

Esto ha sido corroborado por el citado testigo. Sr. Teodoro . Afirmó que no le informó sobre las recientes resoluciones sobre las cláusulas suelo. Que no estaba asesorada por terceros y que no recuerda si le dejó sacar el documento de la oficina. Desconoce si era consciente de la citada reciente jurisprudencia.

Parece evidente que -ex Art. 376 LEC - se puede inferir que la prestataria desconocía el alcance real de una sentencia cuya lectura no resulta fácilmente comprensible (por profusa) y que si el único informante fue el director de la sucursal, tampoco éste le advirtió de la posible nulidad de la cláusula inicial. Entre otras razones, porque -como dijo- la entidad para la que trabaja creía en la licitud de dicha cláusula.

**CUARTO.-** Desde este punto de partida, este tribunal ya se ha pronunciado en la valoración jurídica de tales novaciones.

Tanto el A. 77/16, 18-2, como la S. 156/16, 14-3 recogen la siguiente interpretación:

*"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.*

**QUINTO.-** Por todo lo cual procede confirmar la sentencia apelada. Con condena en costas a la parte apelante ( art. 398 LEC ).

Vistos los artículos citados y demás preceptos legales de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de IBERCAJA BANCO, S.A., debemos confirmar la sentencia apelada. Con condena en costas a la parte apelante. Dése al depósito el destino legal.



Contra la anterior Sentencia cabe, en su caso, recurso de casación por interés casacional ante esta Sala en el 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 en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en BANCO DE SANTANDER, debiendo indicar en el recuadro "Concepto en que se realiza" 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no se admitirá a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ