



Roj: **SAP Z 2079/2016 - ECLI: ES:APZ:2016:2079**

Id Cendoj: **50297370052016100296**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **13/12/2016**

Nº de Recurso: **479/2016**

Nº de Resolución: **601/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 2079/2016,**
STS 1238/2018

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00601/2016

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 2016 0009937

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000479 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 12 de ZARAGOZA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000367 /2016

Recurrente: IBERCAJA SAU

Procurador: JUAN MANUEL ANDRES ALAMAN

Abogado: JESUS NIETO AVELLANED

Recurrido: Jesús , María

Procurador: SUSANA HERNANDEZ HERNANDEZ

Abogado: JAVIER DE LA TORRE GARCIA

SENTENCIA núm. 601/2016

ILMOS. Señores:

Presidente:

D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA

Magistrados:

D. ANTONIO PASTOR OLIVER



D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En ZARAGOZA, a Trece de Diciembre 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 367/2016, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 12 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 479/2016, en los que aparece como parte apelante, IBERCAJA SAU, representado por el Procurador de los tribunales, D. JUAN MANUEL ANDRES ALAMAN, asistido por el Abogado D. JESUS NIETO AVELLANED, y como parte apelada, D. Jesús , Y DÑA. María , representados por la Procuradora de los tribunales, Dña. SUSANA HERNANDEZ HERNANDEZ, asistidos por el Abogado D. JAVIER DE LA TORRE GARCIA, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. ANTONIO PASTOR OLIVER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 14 de Julio de 2016 , cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda presentada por la Procuradora Sra. Hernández Hernández: 1º.- Se declara la nulidad de los instrumentos de cobertura de tipos de interés, conocidos como cláusula suelo, insertados en las escrituras otorgadas ante el Notario D. José María Badia Gasco, en fecha 11 de septiembre de 2007, núms, de protocolo 3.786 y 3.787 y su posterior rebaja al 2,25% mediante documento privado. 2º.- Se condena a la entidad demandada a restituir a los demandantes 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 debería haber pagado en dichos periodos mensuales sin tener en cuenta los instrumentos de cobertura de tipos de interés declarados nulos y la posterior rebaja en documento privado, más los intereses legales desde la interpelación judicial, de conformidad con el resto de cláusulas financieras del contrato. 3º.- Se condena a la entidad demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de IBERCAJA SAU, 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 CD, 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 17 de Octubre de 2016.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- La sentencia apelada estima la demanda y declara la nulidad de las cláusulas suelo de las escrituras notariales de 2007 y las posteriores novaciones que reducían el interés mínimo del 4,25% al 2,25%.

Recorre la demandada. Tanto en 2007 como en 2014 los prestatarios pudieron haber conocido el contenido de dichas cláusulas contractuales, superando ambos contratos, el control de incorporación y el de compresibilidad real. Incluso dio fe de ello el Notario autorizante.

Además, la entidad ha cumplido con la novedosa exigencia de la inserción de un texto manuscrito por el consumidor. Con lo que no se puede hablar de falta de comprensión de lo que suscribían. Más aún cuando en 2014 ya era conocida públicamente la S.T.S. 9-5-2013 . Habría, pues, una confirmación o ratificación del contrato, lo que extinguiría la acción de nulidad, ex art. 1309 C.c .

SEGUNDO.- Por lo que respeta a la prueba practicada, únicamente documental, el análisis de la validez de las cláusulas suelo de los contratos iniciales (documentos notariales) no ha de ser otra que la que se infiera de su lectura, pues no se aportan otros datos para su enjuiciamiento.

A tal fin, este tribunal 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."

Y, a tal fin, con sólo el contenido de las escrituras notariales no se puede hablar de comprensibilidad real de que un préstamo a interés variable va a tener un límite a esa variabilidad, no irrelevante.

TERCERO.- Respecto a la intervención del Notario , la S.T.S. 464/2014, 8-9 analiza esta realidad cuando dice que: *"sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de contratación, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, su suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia. Debe tomarse en consideración que el art. 84 TRLCU solo prevé que el notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Además, la intervención del notario tiene lugar al final de proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base a una información inadecuada"*.

CUARTO.- En el mismo sentido las menciones predispuestas que, como recuerda la S.T.S. 769/2014, 12-1-2015 , no son tanto declaraciones de voluntad, sino de conocimiento, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Así también, S.T.S. 244/13, 18-4 . S.T.J.U.E. 18-12-2014 (C-449/13) y la S.156/16, 14-3 de esta Sección 5ª.

QUINTO.- Con esto procede confirmar la nulidad de las cláusulas iniciales y pasar a analizar las *novaciones* .

Respecto a éstas, hay que partir de un dato fáctico, aunque sólo posea valor indiciario, no definitivo. En Enero de 2014 estaba reciente el A.T.S. 6-11-2013 , que tuvo que completar la compleja S.T.S. de 9-5. Hasta 20-3-2015 el Alto tribunal no concretó las consecuencias efectivas de la precitada STS 9-5-2013 . Y aún hoy desconocemos qué dirá al respecto el T.J.U.E. en la cuestión prejudicial a él sometida y relativa a la eficacia de la sentencia de 2013.

En estas condiciones de incertidumbre jurídica no se puede exigir a consumidores que realicen un seguro juicio proyectivo del alcance de sus actos, cuando los profesionales del Derecho no encuentran una decisión clara.

No se puede olvidar este contexto social (art.3-1 C.c .), cuando la prestamista ofrece una reducción de una cláusula que -desde un punto de vista abstracto y genérico- es susceptible de ser nula, pero sometida a vaivenes jurisprudenciales, impredecibles para un lego en Derecho (incluso para un experto).

SEXTO.- 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.

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."

SEPTIMO.- 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 de procedente y general aplicación.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de "IBERCAJA, S.A.U.", 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) del 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, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se unirá testimonio al Rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.