



Roj: **SAP BA 30/2014 - ECLI: ES:APBA:2014:30**

Id Cendoj: **06083370032014100021**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Mérida**

Sección: **3**

Fecha: **14/01/2014**

Nº de Recurso: **420/2013**

Nº de Resolución: **17/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUANA CALDERON MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N.3

MERIDA

SENTENCIA: 00017/2014

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ

SECCIÓN TERCERA

MÉRIDA

S E N T E N C I A NÚM.13/14

ILMOS. SRES.

MAGISTRADOS:

DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN (PONENTE).

DON JESÚS SOUTO HERREROS.

DON JUAN MANUEL CABRERA LÓPEZ.

=====

Recurso Civil núm. 420/2013.

AUTOS: JUICIO ORDINARIO núm. 198/2012.

Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz.

En Mérida, a catorce de enero de dos mil catorce.

VISTOS en trámite de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial los Autos nº 198/2012, procedentes del Juzgado de Primera lo Mercantil núm. 1 de Badajoz, siendo partes: como apelante, LIBERBANK S.A., representado por la Procuradora Sra. Gerona del Campo y defendido por el Letrado Sr. Rubio Vallina; como apelado, Nazario , representado por el Procurador Sr. Fernández de Arévalo Romero, y defendidos por el Letrado Sr. Picado Domínguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Se aceptan en cuanto son relación de trámites y antecedentes los de la sentencia apelada que con fecha 31 de julio de 2013 dictó la Ilma. Sra. Magistrado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz.

SEGUNDO. La referida sentencia contiene el siguiente FALLO:

"Que debo **ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda presentada por D. Nazario , representado por el Procurador Sr. **FERNANDEZ DE AREVALO** frente a la entidad "**CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA, LIBERBANK**" , representado por la Procuradora Sra. **GERONA DEL CAMPO**, declarando la nulidad de la **cláusula** descrita en



el hecho primero de la demanda, condenando a la entidad demandada a eliminar dicha **cláusula** del contrato de préstamo hipotecario objeto de la presente demanda, declarando igualmente la nulidad de los acuerdos de modificación de tipos de interés de préstamo hipotecario variable, suscritos en fecha 31/08/2009 y 21/03/2011. Se condena a la entidad demandada a la devolución al actor de la suma de 3.379,47 euros, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro. Del mismo modo, se condena a la entidad demandada a reintegrar al actor las cantidades que este pague durante la sustanciación de este procedimiento en virtud de la aplicación de la **cláusula** impugnada, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, hasta la fecha de la presente resolución. Igualmente se condena a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la **cláusula suelo** de los respectivos cuadros de amortización del préstamo hipotecario a interés variable del actor, contabilizando el capital que debió ser amortizado, cuya cuantía a fecha junio de 2012 asciende a 1.146,71 euros o a aquella otra superior o inferior en función a las características del pleito, así como al interés legal del dinero de las sumas debidas desde la presente resolución hasta su completo pago y al pago de las costas procesales".

TERCERO. Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de LIBERBANK S.A., que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado a la parte contraria para su impugnación o adhesión; por la representación de DON Nazario se presentó el correspondiente escrito de impugnación del recurso y se interesó la confirmación de la sentencia impugnada, tras lo cual se remitieron los autos a este Tribunal, donde se formó el rollo de Sala, que fue seguido por sus trámites.

CUARTO. En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales

VISTO siendo ponente la Ilma. Sra. Magistrado DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La sentencia apelada estima íntegramente las pretensiones de los demandantes, y en consecuencia, declara la nulidad de una de las **cláusulas** financieras contenida en la escritura de compraventa con subrogación de préstamo hipotecario suscrita por el y la entidad demandada en fecha 22 de agosto de 2008. En dicha **cláusula**, incluida dentro del apartado nominado como "VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE", se establece lo siguiente: << El tipo de interés será el resultado de adicionar al "EURIBOR AÑO REUTERS" un margen del CERO COMA SETENTA Y CINCO puntos, con un mínimo de CUATRO COMO VEINTICINCO POR CIENTO sobre el importe por el que responde de principal del préstamo subrogado >>. También declara la sentencia la nulidad de los acuerdos sobre modificación del tipo de tipos de interés suscritos en fechas 31 de agosto de 2009 y 21 de marzo de 2011.

Asimismo, la sentencia efectúa los correspondientes pronunciamientos de condena en los términos interesados en el suplico de la demanda, por entender que la declaración de nulidad de la meritada **cláusula** contractual y los acuerdos de modificación del tipo de interés despliegan sus efectos con carácter retroactivo, es decir, desde el mismo momento de su incorporación al contrato, y de su firma -en el caso de los acuerdos de modificación- por lo que procede la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad bancaria demandada en aplicación de la **cláusula** declarada nula.

La entidad recurrente basa su recurso en que, conforme a la doctrina contenida en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y Auto aclaratorio de 3 de junio del mismo año, las **cláusulas suelo** son lícitas, y que la condena a Nazario en su uso y a eliminarlas por abusivas no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos, sino en la falta de transparencia. Y en el caso concreto, según la apelante, no existe esa falta de transparencia, pues el propio actor suscribió acuerdos posteriores de modificación de los tipos de interés, lo que indica que conocía el alcance de la **cláusula**, la cual habría sido confirmada por novación.

En segundo lugar impugna las consecuencias que la sentencia apelada extrae de la declaración de nulidad de la **cláusula suelo**, con fundamento en la citada Sentencia del Tribunal Supremo, en la que se declara la irretroactividad de la sentencia, de manera que la declaración de nulidad de estas **cláusulas** no afectará a los pagos ya efectuados a la fecha en que se declare la nulidad.

SEGUNDO. Es precisamente la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 9 de mayo de 2013, citada por la propia recurrente, la que conduce a la parcial estimación del recurso.

El Alto Tribunal parte de la consideración de que las comúnmente conocidas como "**cláusulas suelo**" tienen el carácter de condición general de la contratación, pues están prerredactadas y predisuestas por las entidades financieras prestamistas para su incorporación a una pluralidad de contratos, y no están realmente negociadas individualmente. Y añade el Tribunal Supremo que "la existencia de una regulación normativa bancaria en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto



de esta litis"; se refiere el Tribunal a la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 24 de abril de 2012, "... tiene un alcance meramente formal tendente a promover un efectivo conocimiento por parte del prestatario de aquéllas **cláusulas** de contenido económico del préstamo de mayor relevancia. Deber de información que se extiende a la fase precontractual para asegurar en los términos que expone la propia Orden Ministerial una mayor capacidad de elección del consumidor. Pero las recomendaciones de dicha Orden en absoluto quiere decir que en la realidad y en la práctica se materialicen las obligaciones formales establecidas en la misma con una verdadera fase de negociación entre la entidad financiera y el consumidor tendente a la inclusión o no de determinadas **cláusulas**. Todo lo contrario, es una realidad y un hecho notorio, que las **cláusulas** del tenor de las aquí examinadas son redactadas siempre y en todo caso por la entidad financiera que posteriormente la incorpora primero a la oferta vinculante a la que se refiere el art. 5, de existir la misma, y posteriormente las plasma en la escritura del préstamo, cuyo contenido presume la norma ha de coincidir con la oferta vinculante. Consecuencia de la anterior, y estando ante **cláusulas** pre-redactadas, por no decir que redactadas única y exclusivamente por la entidad apelante, corresponde a ésta acreditar que la **cláusula** ha sido objeto de negociación individual".

Pues bien, esta prueba de la real y efectiva negociación individual en modo alguno se ha llevado a efecto, sin que sea acreditación suficiente ni el hecho de que la escritura de subrogación en el préstamo hipotecario que aquí nos ocupa se firmara ante Notario; es más, en este caso, ni siquiera la formal obligación precontractual a que alude la Orden Ministerial antes citada y relativa a la oferta vinculante de la entidad financiera consta como cumplida. Es cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo también destaca que la **cláusula** de limitación a la variabilidad del tipo de interés forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y define el objeto principal del contrato, pero ello no impide que deba efectivamente analizarse el control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la **cláusula** predispuesta cuando se proyecta sobre elementos esenciales del contrato, teniendo por objeto que el adherente <<conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuren el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo>>. Y en este caso ningún dato que pueda extraerse del propio contrato, ni ningún elemento probatorio se ha desplegado, que permita concluir que el prestatario subrogado fue realmente informado y que, como consecuencia de esa información, llegó a conocer y comprender que, aunque el tipo de interés pactado era un interés variable, corrían el riesgo de que, por virtud de la **cláusula suelo** analizada, en realidad y en determinadas condiciones, lo que estaban estipulando era un préstamo a un interés fijo mínimo, frustrándose por tanto, las expectativas del consumidor en cuanto al abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del interés pactado como variable.

Y estas mismas consideraciones acerca de la falta de transparencia pueden aplicarse a los acuerdos de modificación posteriores; si entendemos la transparencia como información, incluidas si es preciso simulaciones acerca de determinados y variados escenarios en cuanto a tipos de interés, que realmente permita al prestatario llegar a saber hasta dónde puede beneficiarle y perjudicarle la aplicación de la **cláusula** discutida, de manera que, conocidas las reales consecuencias que, en su concreto cuadro de amortización, tiene la referida **cláusula suelo**, no podemos sino concluir, como hace la juzgadora de instancia, que tampoco se ha probado que fuera la transparencia la que presidiera la firma de los acuerdos posteriores, que más bien fueron redactados y aceptados por la entidad financiera como un "mal menor", asumido en cualquier caso antes de eliminar la **cláusula** original.

En conclusión, en este caso, no hay constancia alguna de que los demandantes tuvieran información suficiente para poder decidir, una vez conocido el real alcance y consecuencias de la **cláusula suelo-techo** (que no se iban a beneficiar siempre y en todo caso de la minoración del tipo de interés variable) acerca de la suscripción o no del contrato de subrogación en el préstamo hipotecario y de los acuerdos modificativos posteriores. Por tanto, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la nulidad de la tan repetida **cláusula** y su eliminación del contrato de préstamo al que se refiere la demanda, así como de los acuerdos de modificación del tipo de interés posteriores.

TERCERO. El segundo motivo del recurso sí ha de estimarse pues, aun cuando esta Sala en Sentencia de 26 de febrero de 2013 entendió que la declaración de nulidad, por abusiva, de una **cláusula suelo**, afectaba a los pagos ya realizados, tal criterio ha de ser revisado a la luz de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que se opone efectivamente a la retroactividad por diversas razones, que resumidamente son: las **cláusulas suelo** son lícitas; su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas; no se trata de **cláusulas** inusuales o extravagantes, su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado; la condena a Nazario en su uso y a eliminarlas por abusivas no se basa en la ilicitud



intrínseca de sus efectos, sino en la falta de transparencia; la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información suministrada; es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia en el orden público económico. En consecuencia la sentencia concluye que << procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las **cláusulas** no afectará a situaciones definitivamente decididas por resoluciones con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia>>.

La sentencia apelada condena a la devolución de las cantidades abonadas con anterioridad a la sentencia y a recalcular y rehacer el cuadro de amortización, excluyendo la **cláusula** impugnada, contabilizando el capital que debió ser amortizado, cuya cuantía ascendía a fecha junio de 2012 a la suma de 1.146,71 euros. Estos pronunciamientos significan conceder eficacia retroactiva a la nulidad de la **cláusula** que se declara en la resolución de instancia, lo que contradice el criterio del Tribunal Supremo, de obligada aplicación a tenor de lo dispuesto en el art. 1.6 del C. Civil . Por tanto, no procede ni la devolución de las cantidades abonadas antes de la declaración de nulidad, ni el recálculo del cuadro de amortización contabilizando el capital que debió ser amortizado, si se refiere a una fecha anterior a la sentencia, y en consecuencia, con revocación de la resolución apelada, procede desestimar las pretensiones contenidas en los apartados 4, 5, 6 y 7 de la pretensión principal del suplico de la demanda.

Igualmente, dado que la estimación del recurso determina una estimación parcial de la demanda, no procede la imposición de las costas de primera instancia a ninguna de las partes (art. 394 de la LEC).

CUARTO. Las costas del recurso no se imponen a ninguna de las partes, por virtud de lo dispuesto en el art. 398 de la L.E.C .

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN presentado por la representación procesal de LIBERBANK S.A contra la sentencia dictada en fecha 31 de julio de 2013, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz , en los autos de JUICIO ORDINARIO núm. 198/2012, y consecuencia **REVOCAMOS TAMBIÉN EN PARTE DICHA RESOLUCIÓN, en el sentido de desestimar las pretensiones contenidas en los apartados 4, 5, 6 y 7 de la pretensión principal del suplico de la demanda, y sin imposición de las costas de primera instancia a ninguno de los litigantes.**

Las costas del recurso no se imponen tampoco a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, a las partes personadas.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de lo resuelto, a fin de que se proceda a su ejecución y cumplimiento, archivándose el original en el Legajo de sentencias civiles de esta Sección.

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