



Roj: **SAP VA 845/2018 - ECLI:ES:APVA:2018:845**

Id Cendoj: **47186370032018100279**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **3**

Fecha: **07/06/2018**

Nº de Recurso: **18/2018**

Nº de Resolución: **263/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JOSE PAÑEDA USUNARIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

VALLADOLID

SENTENCIA: 00263/2018

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

-

Tfno.: 983.413495 Fax: 983.459564

Equipo/usuario: MMA

N.I.G. 47186 42 1 2017 0006207

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000018 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000392 /2017

Recurrente: Juan Miguel , Penélope

Procurador: DAVID VAQUERO GALLEGO, DAVID VAQUERO GALLEGO

Abogado: FLORENCIO BERMUDEZ BENITO, FLORENCIO BERMUDEZ BENITO

Recurrido: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A

Procurador: ANTONIO BLASCO ALABADI

Abogado: SALVADOR SAMUEL TRONCHONI RAMOS

SENTENCIA num. 263/2018

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. JOSE JAIME SANZ CID

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS

D. FRANCISCO JOSE PAÑEDA USUNARIZ (PONENTE)

En VALLADOLID, a siete de junio de dos mil dieciocho

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000392 /2017, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000018 /2018, en los que



aparece como parte apelante, Juan Miguel , Penélope , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. DAVID VAQUERO GALLEGO, asistido por el Abogado D. FLORENCIO BERMUDEZ BENITO, y como parte apelada, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ANTONIO BLASCO ALABADI, asistido por el Abogado D. SALVADOR SAMUEL TRONCHONI RAMOS, sobre condiciones generales de contratación, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. FRANCISCO JOSE PAÑEDA USUNARIZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 6 de noviembre de 2017 , en el procedimiento JUICIO ORDINARIO nº 392/17 del que dimana este recurso. Se aceptan antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO. - La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

FALLO: " Estimando parcialmente la demanda promovida por D. Juan Miguel y D^a Penélope contra la entidad BBVA, declaro la anulación y consiguiente eliminación de las escrituras pública de préstamo hipotecario de 2 de octubre de 2003 (protocolo nº 2863 y protocolo nº 2864) autorizadas ambas por el Notario D. Fernando Calderón Estévez, de la cláusula financiera sexta relativa al interés de demora del 19% nominal anual, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración, dándole puntual y efectivo cumplimiento; manteniendo la cláusula financiera "Tercera Bis-Tipo de Interés Variable", apartado 3 bis.3 Límites a la variación del tipo de interés; con expresa condena en costas a la parte demandante por temeridad."

Que ha sido recurrido por la parte demandante Juan Miguel , Penélope , oponiéndose la parte contraria.

TERCERO. - Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 31 de mayo de 2018, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Planteamiento de la litis: motivos del recurso de apelación interpuesto por Don Juan Miguel y doña Penélope

Por los actores se interpone recurso en base a los siguientes motivos:

1. Se sostiene en el recurso de apelación, en primer lugar, el carácter nulo por falta de transparencia en el suministro de la información ofrecida por la entidad respecto a la efectiva existencia de la cláusula suelo. En concreto, se incide en que la cláusula suelo del 0% no fue negociada individualmente con los actores, no siendo informados éstos de la existencia de la misma, añadiendo que con incumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 en relación con la falta de entrega de folleto informativo u oferta vinculante sobre la operativa, limitándose la información a una explicación verbal y escrita sobre la duración del préstamo, plazos de amortización, cuotas mensuales y el tipo de interés aplicable, diciéndose que este sería variable del índice de referencia Euribor, más un diferencia de 0,65%

Se afirma que la cláusula suelo analizada no es transparente al no haberse suministrado información suficientemente clara de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; se insertó de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma; no existieron simulaciones de escenarios diversos, ni tampoco información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.

En opinión de los recurrentes, la cláusula suelo "cero" limita la variación del tipo de interés al establecer que, en caso de que el tipo de interés de referencia aplicable al préstamo sea inferior a cero, nunca se generarán intereses favorables a la parte prestataria, por lo que debe considerarse abusiva en la medida en que no se ha informado a los clientes de la misma, ni ha sido negociada con los prestatarios.

2. Finalmente, en cuanto al pronunciamiento sobre las costas procesales, se discute la imposición de las mismas por temeridad que realiza el juzgado de primera instancia por cuanto la pretensión de declaración de nulidad de la cláusula que limita la variación del tipo de interés, y aquella ejercitada de forma subsidiaria relativa a la nulidad de la cláusula de interés de demora, es perfectamente válida, pudiendo incluso estimar la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho según dispone el art. 394.1 LEC .

**SEGUNDO . - Sobre la "cláusula cero" incluida en los contratos de préstamos: clases de cláusulas cero y su incidencia en el control de transparencia real**

Se encuentra esta Sala, por primera vez, ante la cuestión relativa a posible nulidad por abusividad de la comúnmente denominada "cláusula cero" o "de no interés negativo", que fue incluida en sendos contratos de préstamo suscritos por las partes en fecha 2 de octubre de 2003 (docs. 1 y 2). Concretamente, después de pactar un tipo de interés variable con referencia al Euríbor más cero sesenta y cinco puntos (0,65), en la cláusula financiera TERCERA BIS- Tipo de Interés Variable, apartado 3 bis. 3: "Límites a la variación del tipo de interés", se estipuló lo siguiente: " *el tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15% ni inferior al 0,00% nominal anual* " .

Nos encontramos, por tanto, ante cláusula que busca como resultado la inaplicación del tipo de interés negativo, esto es, que el prestamista no tenga que afrontar un interés negativo durante la vida del préstamo. No obstante, conviene puntualizar que la redacción de la cláusula litigiosa nos permite distinguir que nos hallamos ante una cláusula "cero" que podríamos denominar " *pura* " (según denominación acuñada por DOMINGUEZ ROMERO), y que se caracteriza por actuar exclusivamente sobre el eventual resultado negativo de la suma del índice de referencia (euríbor) y el diferencial pactado (en este caso, 0,65%), dejándolo en cero, persiguiendo únicamente evitar una remuneración negativa al prestamista. Este tipo de cláusulas "cero" se distinguen de las calificadas como " *mixtas* ", que actúan directamente sobre el tipo de referencia en negativo (euríbor), dejándolo en cero, lo que implícitamente supone la instauración de un " *suelo* ", en el sentido de que el prestamista cobraría en todo caso un mínimo, que vendría dado por el diferencial pactado.

La diferencia entre uno y otro tipo de cláusula " *cero* " vendría fijada por la forma en que la estipulación estuviera redactada, de tal manera que si el "efecto cero" recae sobre el índice de referencia nos encontraríamos propiamente sobre un cláusula suelo encubierta o no aparente (*cláusula ceromixta*), mientras que si afecta al tipo de interés del préstamo (resultado de la suma del euríbor -en negativo- y el diferencial), no se contemplaría una retribución mínima por el prestamista, sino que exclusivamente se pretende evitar la remuneración negativa al prestamista (*cláusula ceropura*).

En el caso que no ocupa, como dijimos, la cláusula cero es *pura* , pues el valor cero incide en el tipo de interés del préstamo, esto es, en el porcentaje -variable, en este caso- que, aplicado sobre el capital, define el precio a pagar, circunstancia que precisamente ha provocado que la mencionada cláusula no haya llegado aún a aplicarse durante la vida de préstamo, dado que la suma del euríbor en negativo y el margen estipulado (0,65%) refleja un resultado positivo.

Lo anterior no es baladí, pues si atendemos a la doctrina del Tribunal Supremo sentada a raíz de la citada STS 9 de mayo de 2013 , únicamente podrá ser objeto del control de abusividad aquellas cláusulas que definen el " *objeto principal del contrato* " (art. 4.2 de la Directiva 93/13), de tal manera que únicamente las condiciones que describen el precio a pagar por el consumidor a cambio del producto o servicio prestado por el profesional, serán susceptibles de control de abusividad en términos diferentes del resto de condiciones generales: vía examen de *transparencia real* .

Así las cosas, la cláusula cero pura que es analizada en el presente litigio *no define en sentido propio el precio* , porque no afecta a los intereses positivos del préstamo, sin que tampoco desde la perspectiva de la jurisprudencia comunitaria aplicable pueda entenderse como *definidora del objeto principal* , porque solo tienen tal consideración las cláusulas " *que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan* " [SSTJUE 30.4.2014 y 20.2.2015, apartados 49 y 54, respectivamente; STJUE, 3ª, 23.4.2015, apartado 33], de tal manera que una contingente remuneración negativa en ningún caso caracteriza a un préstamo.

En este sentido parece oportuno recordar la doctrina emanada de las SSSTS 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y con mayor claridad en las sentencias 406/2012, de 18 de junio , 827/2012, de 15 de enero de 2013 , 820/2012, de 17 de enero de 2013 , 822/2012, de 18 de enero de 2013 , 221/2013, de 11 de abril , 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio , las cuales han fijado doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un *control de transparencia* , como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, pero expresamente se refiere que tal control de transparencia *real* únicamente procederá *cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato* .

Como es sabido, este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado,



como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo. Pues bien, en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que la "cláusula cero" no afecta propiamente al "precio" o contraprestación percibida por el prestatario a cambio del capital, sino que lo que pretende es eludir la remuneración a cargo del prestamista en caso de intereses negativos del índice de referencia bajo el umbral del marginal pactado (0,65%), no parece que tal estipulación deba de someterse al filtro de transparencia en la medida en que no afecta a los elementos esenciales del contrato de préstamo, y no incide propiamente en la carga económica o jurídica que soportan los actores. Por ello, por más que se pudiera predicar la oscuridad de la cláusula cero pura -a diferencia de la mixta opaca- en ningún caso se alteraría el equilibrio subjetivo sobre el precio consentido a cambio del capital prestado.

Hemos de tener en cuenta que la aplicación del control de transparencia se inicia en la sentencia del Tribunal Supremo nº 241/2013, y continúa en las SSTs 464/2014, de 8 de septiembre, 138/2015, de 24 de marzo, 139/2015, de 25 de marzo, 222/2015, de 29 de abril, 705/2015, de 23 de diciembre, 367/2016, de 3 de junio, 41/2017, de 20 de enero, 57/2017, de 30 de enero, y 171/2017, de 9 de marzo en las que se insiste en que no es admisible que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, *tal y como este la había percibido*, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó *inadvertida al consumidor*, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula. Sin embargo, en el caso de la "cláusula cero pura" discutida por las partes, por su carácter no esencial para la economía del contrato y por no tratarse de un elemento definitorio o esencial del mismo, carece de relevancia el tratamiento (secundario o no) que se hubiera hecho de la cláusula, pues carece de la trascendencia necesaria para ser sometida al segundo filtro de transparencia. Es más, tampoco resultaría extraño que la fecha en la que se suscribieron los préstamos (año 2003), los prestatarios consumidores no tuvieran una representación predeterminada de que debían «cobrar» intereses cuando el Euribor fuera inferior a cero en 0,65 puntos porcentuales.

A mayor abundamiento, ni siquiera se aprecia la concurrencia de los motivos consignados por la sentencia 241/2013 cuya conjunción, se dice, pudiera determinar que las cláusulas analizadas fuesen ser consideradas no transparentes en un juicio de valor abstracto. En concreto, la citada resolución hacía referencia a los siguientes:

- 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 consumidor.
- 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.
- f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Pues bien, en primer lugar, como ya argumentamos, la cláusula litigiosa no ha incidido realmente en la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia iban a repercutir en una disminución del precio del dinero. Es más, desde la firma del contrato el mecanismo de la cláusula cero no se ha activado todavía. De lo apuntado no puede colegirse que la misma hubiera sido introducida con la finalidad de evitar la repercusión que la bajada del índice de referencia tendría en el coste del préstamo sino, exclusivamente, con el objeto de garantizar la devolución íntegra del capital prestado. A diferencia de aquellas cláusulas suelo con topes elevados, no se generó la apariencia ficticia de ser un préstamo a interés variable, cuando de hecho tales cláusulas suelo los convertía en un préstamo a interés fijo. En el caso que ahora nos ocupa en ningún momento los prestatarios tuvieron una apariencia equivocada de que estaban contratando un préstamo de interés variable, siendo más que dudoso que hubieran llegado a tener la representación mental de que iban a ser verdaderamente remunerados en caso de que el índice de referencia presentase valores negativos por encima del diferencial pactado.

Traemos a colación lo establecido por la STS de 9 de mayo de 2013, en su f. 224, que expresamente refiere que *"lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de*



préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo, variable exclusivamente al alza".

En segundo lugar, insistimos en el argumento de que resulta indiferente el grado de información suministrada a los consumidores sobre dicha cláusula por tratarse de un elemento no esencial o definitorio del objeto principal del contrato. Es precisamente esta circunstancia la que hace igualmente innecesaria la realización de simulación alguna en la contratación, o que no hubiera resultado precisa la ubicación de la cláusula en un lugar especial dentro del contrato. En todo caso, no parece que su inclusión dentro de la estipulación relativa al tipo de interés variable, y en el subapartado relativo a los límites a dicha variación, sea inadecuada conforme a su naturaleza e importancia dentro de la economía del contrato.

Y, finalmente, en tercer lugar, resulta ciertamente criticable que pueda imputársele a la entidad demandada la creación de la apariencia de que el *suelo* tiene como contraprestación inescindible la fijación de un *techo*, pues los topes mínimo y máximo de limitación a la variación del tipo de interés parecen lo suficientemente alejados de la ordinaria cotización del índice de referencia (0,00% vs 15%) como para calificar como proporcionada o equitativa para las partes su inclusión. En este sentido resulta sintomático que en quince años de vida del contrato no haya llegado a activarse ninguno de dichos límites. Por ello, esta proporcionalidad o equilibrio contractual observado en los topes mínimo y máximo a la variabilidad del tipo de interés, impide calificar la estipulación como contraria a "las exigencias de la buena fe", porque existes razones suficientes para presumir los consumidores demandantes hubieran podido aceptar tal cláusula en el marco de una negociación individual.

En suma, en el caso se comprueba que la cláusula discutida (cero pura) no puede ser declarada nula por abusiva por el sencillo motivo de que la misma, al no referirse a un elemento esencial o definidor del contrato de préstamo, no debe ser sometida al control de transparencia real como pretenden los actores, por lo que procede la confirmación en este extremo la sentencia apelada.

TERCERO . -Sobre las costas

En cuanto a las costas de primera instancia, la juzgadora de instancia considera que los actores han litigado con temeridad, motivo por el que les impone este tipo de condena en costas. En concreto, se argumenta que en relación con la acción principal, se interesa la condena a restituir las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula cero, y ello a pesar de ser concedor de que no se había realizado pago alguno por su aplicación y, al mismo tiempo, también se critica el ejercicio subsidiario de la acción de nulidad de la cláusula relativa al pago de interés de mora, por interpretar que lo único que pretendía era eludir la condena en costas.

Discrepamos de tal decisión por varios motivos. En primer lugar, la estimación de una pretensión subsidiaria debe conducir a la estimación íntegra (y no parcial) de la demanda interpuesta, por lo que no sería posible la imposición de costas por temeridad al estar exclusivamente contemplada esta posibilidad en los supuestos de estimación parcial (art. 394.2 LEC). En este sentido conviene tener en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre aplicación del principio de vencimiento objetivo "*victus vitori*"- en relación con la estimación de las pretensiones alternativas o subsidiarias, jurisprudencia que se recoge en numerosas resoluciones (por todas, STS de 27 de septiembre de 2005).

No obstante, hemos de precisar que las pretensiones planteadas por los actores difícilmente podrán ser consideradas como acciones principales/subsidiaria o acumulación eventual de acciones, en la medida en que la acumulación eventual supone una excepción a la prohibición de acumulación de acciones incompatibles entre sí. Es decir, se permite que el actor, en su demanda, ejercite varias acciones, *incompatibles entre sí*, de forma eventual, lo que encuentra sustento legal no sólo en el artículo 71.4 LEC, sino también en el 399.5 LEC -relativo a la demanda y su objeto-. En consecuencia, quizás habría que matizar que no existió verdadera acumulación eventual de acciones, de tal manera que lo que se produjo fue una estimación parcial de la demanda interpuesta (art. 394.2 LEC), por lo que no procedería la imposición a ninguna de las partes de las costas procesales causadas.

En segundo lugar, con independencia de la voluntad que tenían los actores al incluir una segunda pretensión anulatoria distinta de la de la cláusula 3 bis 3, esta Sala considera que nos hallamos ante una cuestión jurídica dudosa y de cierta complejidad, en la que no hay todavía jurisprudencia sobre la materia, y sobre la que existe doctrina contradictoria. Además, no se nos escapa la confusión que ha podido generar el sentido de la RDGRN núm. 11624/2015, de 8 octubre, en la que establece que es precisa la confección de la expresión manuscrita por parte del deudor de comprender los riesgos que asume en presencia de dicha cláusula, a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en cuanto se trata de una cláusula de limitación a los efectos naturales de la eficacia de la variabilidad de tipos de interés.



Por ello procede revocar en este extremo la resolución recurrida y no hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta segunda instancia al ser acogido parcialmente el recurso de apelación interpuesto, ya sea por considerar que nos hallamos ante una verdadera estimación parcial de la demanda (la acumulación eventual es más aparente que real desde una perspectiva estricta de técnica procesal), ya por entender que concurren dudas de derecho en caso de estimación íntegra de la demanda (art. 394.1 LEC).

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por **Don Juan Miguel y doña Penélope** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia nº 6 de Valladolid en fecha 6 de noviembre de 2017 , la cual **REVOCAMOS PARCIALMENTE** *en el sentido de no hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en primera instancia al tratarse de una cuestión jurídica dudosa, sin que tampoco proceda expresa imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.*

Al estimarse el recurso procede la devolución del depósito constituido al amparo de la Disposición Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.