



Roj: **SAP P 278/2016 - ECLI:ES:APP:2016:278**

Id Cendoj: **34120370012016100277**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palencia**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2016**

Nº de Recurso: **333/2016**

Nº de Resolución: **223/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MAURICIO BUGIDOS SAN JOSE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PALENCIA

SENTENCIA: 00223/2016

N10250

AVENIDA ANTIGUA FLORIDA 2

Tfno.: 979.167.701 Fax: 979.746.456

N.I.G. 34120 41 1 2015 0002948

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000333 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 1 de PALENCIA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000555 /2015

Recurrente: IBERCAJA

Procurador: JOSE CARLOS HIDALGO FREYRE

Abogado:

Recurrido: Remedios

Procurador: MARIA ENMA ATIENZA CORRO

Abogado: GERMAN SANCHEZ DIAZ DE ISLA

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se indican al margen ha pronunciado

EN NO MBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 223/2016

SEÑORES DEL TRIBUNAL

Ilmo. Sr. Presidente

Don Ignacio Javier Rafols Pérez

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Mauricio Bugidos San José

Don Carlos Miguelez del Río



En la ciudad de Palencia, a 14 de noviembre de 2016.

Vistos, en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ORDINARIO, sobre NULIDAD CONTRACTUAL provenientes del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Palencia, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en el mismo de fecha 05/07/2016, entre partes, de una, como apelante IBERCAJA BANCO SOCIEDAD ANÓNIMA representado por el Procurador Don José Carlos Hidalgo Freire y defendido por el Letrado Don Francisco Orcajo Muro, y de otra, como apelada DOÑA Remedios, representada por la Procuradora Doña Ema Atienza Corro y defendido por el Letrado don Germán Sánchez Díaz de Isla, siendo Magistrado Ponente, el Ilmo. Sr. Magistrado Don Mauricio Bugidos San José.

Se aceptan los antecedentes fácticos de la sentencia impugnada.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Que el Fallo de dicha sentencia, literalmente dice: " **ESTIMAR la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. ATIENZA CORRO en nombre y representación de DOÑA Remedios contra IBERCAJA, declarando la nulidad por abusiva de la cláusula contenida en la estipulación segunda del contrato de renovación y subrogación de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 27/07/2007, suscrito entre DOÑA Remedios y CAJA CÍRCULO (IBERCAJA) en la que se establece un límite a las revisiones del tipo de interés nominal anual de un mínimo aplicable de 3,75%, manteniéndose en lo demás la vigencia del contrato.**

Procediendo asimismo a declarar la nulidad del contrato de fecha 20/02/2014- aportado como documento número ocho de la demanda, realizado entre la demandante y CAJA3 (anteriormente CAJA CÍRCULO) por el que se pactaba la modificación de la cláusula suelo rebajándola a un tipo de 2,75%.

Condenando a la entidad IBERCAJA BANCO a restituir a la parte demandante las cantidades que en concepto de interés se han abonado e indebidamente cobrado en exceso, en virtud de la cláusula suelo declarada nula, desde el 9/05/2013, más los intereses.

Con imposición a la parte demandada de las costas causadas ".

2º.- Contra dicha sentencia interpuso la parte demandada en el procedimiento el presente recurso de apelación, exponiendo las alegaciones en las que se basaba su impugnación, que fue admitido en ambos efectos, y previo traslado a las demás partes para que presentaran escritos de impugnación u oposición, fueron elevados los autos ante esta Audiencia, y al no haber sido propuesta prueba, es procedente dictar sentencia.

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número uno de Palencia dictó sentencia cuyo fallo es del contenido literal que hemos transcrito los antecedentes de hecho de la presente, y contra la misma se alza la representación de la entidad demandada Ibercaja Banco, Sociedad Anónima en recurso del que conferido traslado a la contraparte, fue objeto de oposición con el resultado que obra en autos.

En el escrito de demanda se pedía la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula de los denominadas **suelo** contenida en préstamo con garantía hipotecaria de fecha 27/07/2007, y también la de un contrato de fecha 20/02/2014, que modificaba a la anterior. La sentencia de instancia así lo declaró.

Por no estar de acuerdo con lo resuelto se presentó recurso de apelación en el que la parte recurrente sostiene que el contrato de fecha 20/02/14 supone una novación modificativa del contrato vigente hasta entonces, asumida por la parte recurrente, en el que las partes ratificaban la validez del préstamo primeramente pactado y renunciaban a ejercitar cualquier acción frente a la otra parte que trajese causa de su formulación y clausulado; y a dicho recurso se opuso la parte actora afirmando que no puede entenderse que la novación modificativa pretendida haya sanado la nulidad de la cláusula contenida en el primer contrato, en tanto ésta era nula de pleno derecho. Contestaremos a la cuestión planteada en el fundamento jurídico siguiente

SEGUNDO.- Debemos argumentar al respecto de la cuestión planteada que el hecho de que la sentencia se ampare para declarar la nulidad de las cláusulas litigiosas en los artículos 80, 82 y 83 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, supone la nulidad de pleno derecho o radical de la cláusula en cuestión, tal y como dice el último de los artículos citados y recalca la sentencia recurrida, en fundamentación que no ha sido objetada por la parte recurrente, y si ello es así resulta imposible dar validez a las cláusulas contenidas en el pacto de novación modificativa, puesto que resulta imposible la confirmación del acto que es nulo de pleno derecho, por aplicación de lo establecido en el artículo 1310 del Código Civil.



La parte recurrente pretende que ha existido una novación modificativa del contrato pactado entre las partes, en lo que se refiere precisamente a la existencia de la llamada **cláusula suelo**, y así se deduce del total contenido del escrito de recurso, pues en ningún momento se ha puesto en duda la validez del resto de las cláusulas contractuales, y se sostiene que la litigiosa ha sido sustituida, lo que supone una modificación que no extinción de las relaciones contractuales anteriores, en suma que nos encontramos ante una novación modificativa, admisible en nuestro derecho al amparo de lo establecido en el artículo 1203 y concordantes del Código Civil y de interpretación que al respecto de los mismos viene a cientos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, bien conocida y de innecesaria cita. En consecuencia quiere la vigencia de una cláusula sustitutoria de otras anteriores, y lo hace sin pretender expresamente la confirmación de la cláusula suelo en su día pactada, mas ello no es posible.

Partimos del hecho de que la nulidad declarada es absoluta, y al respecto de su posibilidad de confirmación se manifiesta el artículo 1310 del Código Civil al decir que sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos contenidos en el artículo 1261 del mismo cuerpo legal. Dicho artículo ha sido interpretado entre otras, además de las que constan citadas en la sentencia de instancia, por las de 11/12/86, 1261/95 y 21/01/2000, que afirman que al tratarse en la cuestión que resolvían de un negocio plenamente nulo, aquí sería una cláusula, "**es inexistente y por ello no susceptible de ser convalidado con posterioridad, a tenor del artículo 1310 en Código Civil y doctrina jurisprudencial que decreta que la confirmación sólo opera respecto a negocios jurídicos cuyo vicio no impide su existencia y la convalidación tiende a sanearlos con efectos retroactivos**".

No obstante se podría objetar a lo anterior que no se pretende que se dé validez a la cláusula suelo contenida en anteriores contratos, pero además de lo ya argumentado en relación a la circunstancia relativa a que parece querer decirse por la parte recurrente que con la novación se sanan los motivos de nulidad de cláusulas anteriores, más resulta que el artículo 1208 del mismo cuerpo legal que venimos citando, refiere que la novación es nula si lo fue también la obligación primitiva, cual es el caso, lo que traducido quiere decir que precisamente la nulidad de la cláusula suelo primeramente pactada determina la nulidad de la cláusula que pretendidamente la dejaba sin efecto.

Si lo que se pretende es argumentar que la renuncia al ejercicio de acciones que se contiene en la novación modificativa tiene validez, a ello se debe contestarse afirmando que la renuncia pactada se contiene en el pacto novatorio, y se refiere, quiérase o no, precisamente a la cláusula cuya nulidad radical viene declarada, por lo que no puede correr distinta suerte que el resto de disposiciones contenidas en el contrato pretendidamente novatorio, ni la renuncia en cuestión puede tener un efecto distinto del de dichas disposiciones, precisamente por la imposibilidad de novar lo que es nulo de pleno derecho.

En suma y por lo advertido, el recurso se va a desestimar su integridad.

TERCERO.- Al ser desestimado el recurso, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante.

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

FALLAMOS

Que, **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de IBERCAJA BANCO SOCIEDAD ANÓNIMA, contra la sentencia dictada el día 05/07/2016, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Palencia, en los autos de que dimana el presente Rollo de Sala, debemos **CONFIRMAR como CONFIRMAMOS** mencionada resolución en todas sus partes, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

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