



Roj: **SAP T 1237/2019 - ECLI: ES:APT:2019:1237**

Id Cendoj: **43148370012019100392**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **03/09/2019**

Nº de Recurso: **792/2018**

Nº de Resolución: **354/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MATILDE VICENTE DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil

Avenida Presid. Lluís Companys, 10 - Tarragona - C.P.: 43005

TEL.: 977920101

FAX: 977920111

EMAIL:aps1.tarragona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 4314842120178039749

Recurso de apelación 792/2018 -U

Materia: Juicio ordinario condiciones generales de la contratación

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Tarragona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 657/2017

Parte recurrente/Solicitante: Manuela

Procurador/a: Jose Manuel Gracia Marias

Abogado/a: Sergi Guillen Garcia

Parte recurrida: IBERCAJA S.A.

Procurador/a: Antonio Elías Arcalis

Abogado/a: MARIA JOSE COSMEA RODRÍGUEZ

SENTENCIA N° 354/2019

ILMOS. SRES.

Presidente

D. Manuel Horacio García Rodríguez

Magistrados

Dª Matilde Vicente Diaz Dª Silvia Falero Sánchez

Tarragona, tres de Septiembre de 2019.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, formada por los Magistrados del margen, ha visto el recurso de apelación nº 792/2018 frente a la Sentencia de fecha 24 de Mayo de 2018 , recaída en el Procedimiento de Ordinario nº 657/2017, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Tarragona, a instancia de DOÑA Manuela , frente a IBERCAJA, S.A., habiendo recurrido en apelación la parte actora y previa deliberación pronuncia la siguiente resolución.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La resolución antes señalada, tras los correspondientes fundamentos de derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente: " **Estimo** parcialmente la demanda interpuesta por el procurador de los Tribunales Jose Manuel Gracia Marias en nombre de Manuela contra la entidad bancaria "Ibercaja SA", y consecuentemente se adoptan los siguientes pronunciamientos:

- a) Declaro la validez de la clausula limite o clausula suelo incorporada a la escritura del préstamo hipotecario suscrito por ambas partes en fecha 28 de septiembre de 2007 con numero de protocolo 2001, y en el contrato de **novacion** modificativo del préstamo hipotecario de fecha 26 de agosto de 2013.
- b) Declaro la nulidad de la clausula gastos, salvo la atribución al prestatario del pago del impuesto de actos juridicos documentados, incorporada en la escritura del préstamo hipotecario formalizado en fecha 28 de septiembre de 2007 con numero de protocolo 2001, suscrito entre las partes.
- c) Declaro la nulidad del tipo de demora fijado en añadir cinco puntos al interés remuneratorio vigente en el momento de la mora, continuando con el interés remuneratorio pactado en la escritura publica de 28 de septiembre de 2007 con numero de protocolo 2001 hasta el completo pago de la deuda.
- d) Condeno a la entidad bancaria demandada a abonar a los actores, la cantidad de 725,42 € en concepto de aranceles de Notario y Registrador, y 92,80 € en concepto de la mitad de los gastos de gestoria, satisfechos indebidamente por los actores, mas los intereses legales desde el dictado de esta sentencia.
- e) Declaro que en cuanto a los tributos han sido abonados por los obligados a su satisfacción, por lo que no ha de devolver la entidad bancaria ninguna cantidad en este concepto.
- f) Sin expresa imposición de las costas del procedimiento".

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en que los fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Doña Matilde Vicente Diaz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso.

1. Por la parte actora se solicita la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, gastos e intereses de demora incorporadas en la escritura de préstamo hipotecario suscrita en fecha 28 de Septiembre de 2007.
2. La demandada se opuso a la demanda alegando que las cláusulas fueron negociadas y transparentes. Asimismo, manifiesta que existe un contrato de **novación** modificativa del préstamo suscrito el 26 de Agosto de 2013 en el que se rebaja la cláusula suelo a petición de la actora y ésta indica, de su puño y letra "soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 3% anual".
3. La sentencia estima parcialmente la demanda, declarando la validez de la cláusula suelo, la nulidad de la cláusula de gastos, salvo la atribución al prestatario del pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y condena al Banco al pago de la totalidad de los gastos de Notario y Registro y la mitad de los gastos de gestoría, más los intereses legales de dichas cantidades desde la fecha de la sentencia. Declara asimismo la nulidad de la cláusula relativa a los intereses de demora y no hace imposición de costas.
- 4.- Recurre en apelación el actor en cuanto a la declaración de validez de la cláusula suelo, alegando que no existió suficiente información precontractual y que el texto manuscrito del contrato de **novación** fue realizado por imposición del Banco y no colma los requisitos de información para salvar la abusividad de la cláusula, no demostrando que conozca los riesgos de la cláusula. Asimismo, recurre la sentencia por entender que omite un pronunciamiento de condena al reintegro de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula de interés de demora que se declara nula.

SEGUNDO.- Decisión de la Sala.

1. De la nulidad de la cláusula suelo

La Sentencia recurrida fundamenta que la cláusula cumple el control de transparencia, dado que la redacción de la misma es clara y de fácil comprensión, tanto en la escritura de constitución del préstamo como en el contrato de **novación**. Razona, asimismo, que consta que ha existido información precontractual.



La demandada alega que facilitó al actor toda la información necesaria para poder comprender que su préstamo hipotecario incluía una cláusula suelo, se le facilitó oferta vinculante y la cláusula era clara, sencilla y comprensible. No existe prueba en el procedimiento de que se le entregara la oferta vinculante.

En la escritura se indica que el tipo de interés nominal anual se divide en dos periodos: el primero, por el plazo de un año, de tipo fijo y el segundo, variable. Para el primero se establece un interés nominal del 5,70% anual y para el segundo, el Euribor más 1,15 puntos. Doce párrafos después, bajo el título "instrumento de cobertura del tipo de interés", se incluye la cláusula suelo, que prácticamente convierte el interés fijo en el mínimo que iba a cobrar el Banco, pues se estipula que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 4,50 %". La cláusula no supera el control.

Conforme a la jurisprudencia del TS y del TJUE, entre otras SSTs 241/2013, de 9 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre, 593/2017, de 7 de noviembre y 705/2015, de 23 de diciembre y SSTJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Kásler*), de 21 de diciembre de 2016 (caso *Gutiérrez Naranjo*) y de 20 de septiembre de 2017 (caso *Ruxandra Paula Andricius* y otros), el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga "antes de la celebración del contrato" de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dicha celebración. De forma que el 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.

Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye 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 pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato.

El control de transparencia se proyecta sobre el cumplimiento de estos especiales deberes de información y comprensibilidad material que incumben al predisponente en la formación y perfección del contrato. STS 593/2017, de 7 de noviembre: no puede ser reconducido al mero control de incorporación de la cláusula predispuesta. Del mismo modo que en la intervención del notario, en sí misma considerada, no es suficiente para superar este control de transparencia ante la ausencia de una información precontractual, entre otras, STS 36/2018, de 24 de enero.

En definitiva, debe revocarse la sentencia y declararse la nulidad de la cláusula suelo incorporada en el contrato y condenar a IBERCAJA BANCO, S.A. a devolver a la actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula, con sus intereses legales, de acuerdo con la doctrina sentada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-207/15 Y C-308/15, caso *Gutiérrez Naranjo*.

2. De la **novación**

En fecha 26 de agosto de 2013 las partes suscriben un documento privado que se titula contrato de **novación** del préstamo, en el que se refleja que en el contrato de préstamo se había convenido que el interés en ningún caso sería inferior al 4,5%, que "ante la coyuntura económico-financiera actual, totalmente diferente a las circunstancias existentes cuando fue formalizado el préstamo ..., es deseo de la parte prestataria rebajar el tipo de interés mínimo pactado" y que la prestataria "comprende que el tipo de interés mínimo (tipo suelo) convenido en el contrato y en esta **novación** es un elemento esencial para determinar el tipo de interés que se viene aplicando al préstamo"; que la prestataria reconoce "que se le ha reiterado la explicación incluso con ejemplos, de que el tipo de interés mínimo se aplicará siempre y de forma preferente al tipo de interés variable convenido en la escritura de préstamo cuando el tipo mínimo sea superior al tipo de interés variable". Tras estos antecedentes, en el contrato se indica que "con efectos desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 3%, en sustitución del convenido inicialmente". Se mantienen el resto de las condiciones financieras y se incluye una cláusula de renuncia al ejercicio de acciones.

La cuestión que debe examinarse es si también debe declararse nula la cláusula suelo acordada en el contrato de **novación**, a la vista de los términos en los que está redactada. Esta cuestión ha sido examinada por el Tribunal Supremo en la Sentencia 489/2018 de 13 de Septiembre, en la que se cuestiona si la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia impide que el consumidor pueda más tarde, por iniciativa suya, con



pleno conocimiento y mediante una negociación con el Banco, pactar un suelo inferior a aquel inicialmente convenido en una cláusula nula por falta de transparencia e indica lo siguiente: "La sustitución de un límite por otro, si bien constituye una modificación de la relación obligatoria de pago de los intereses, no es propiamente una **novación** extintiva, puesto que subsiste la misma relación obligatoria con esa alteración del límite inferior a la variabilidad del interés. Como explica la doctrina, nos hallamos ante la misma obligación. Partiendo de lo anterior, hemos de analizar en qué medida la nulidad de la cláusula....impide o no que las partes pudieran pactar con posterioridad un límite inferior distinto, más bajo...

El Banco cita la Sentencia del TS 205/2018 de 11 de Abril (que ha motivado el planteamiento de cuestiones prejudiciales), afirmando que tras la misma el acuerdo alcanzado entre IBERCAJA y sus clientes debe tener la consideración de una transacción, consistente en la renuncia del cliente a iniciar acciones contra la entidad por la cláusula litigiosa y una correlativa reducción del límite inferior pactado en la cláusula de limitación de tipos de interés. Efectivamente, el Tribunal Supremo en dicha sentencia estimó que los contratos por los que se modificaba la cláusula suelo con renuncia de acciones no era una **novación** sino una transacción, pues tenían como finalidad evitar una controversia judicial sobre la validez de la cláusula y sus efectos. No obstante, asimismo la Sentencia indica que, por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción, es preciso comprobar, de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción, es decir, que el consumidor estaba en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación. Examinado este punto en el presente caso, no existe prueba de que el Banco haya cumplido con la exigencia de la transparencia debida, pues para que la actora tomara conciencia cabal del alcance económico de la transacción que estaba efectuando, el Banco debió haberle indicado a cuanto ascendía el importe abonado en virtud de la aplicación de la cláusula suelo, pues no cabe transacción de aquello que no se conoce y en este caso suponía la pérdida de su derecho a la devolución de lo cobrado en aplicación de la misma. El cliente, sin ningún dato económico, se crea la falsa sensación de que obtiene una ventaja al ver reducido el límite mínimo del interés que le estaba aplicando el Banco, pero no tiene en cuenta, porque tampoco se le indica, que está aceptando pagar un importe superior al que le correspondería en caso de no aplicarse la cláusula suelo. Debe tenerse en cuenta que no está acreditado que fuera la actora la que solicitara la rebaja de la cláusula suelo, que el Banco le sometió a la firma un documento predispuesto y que utilizó con todos sus clientes y que no consta que fuera informada o que hubiera tenido conocimiento previo que el Tribunal Supremo ya había dictado la Sentencia de 9 de Mayo de 2013 en virtud de la cual la cláusula podía considerarse nula. El Banco pretendió con el documento que le presentó a la firma a la demandada subsanar la nulidad de la cláusula mediante el ofrecimiento al cliente de una pequeña ventaja, cual era la bajada del tipo establecido en la cláusula suelo, sin que éste pudiera advertir el coste económico que implicaba el acuerdo.

En cuanto a la trascendencia del párrafo manuscrito ("soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 3% nominal anual"), la indicada sentencia ya advierte que no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensión real por el consumidor.

Como recuerda la STS 422/2019, de 16 de Julio, el simple control de incorporación de los arts. 5 y 7 LCGC no basta para que la cláusula pueda pasar también el control de transparencia, propiamente dicho, que imponen los arts. 4.2 de la directiva 19/1993 y 60.1 y 80.1 TRLCU. Si falta de origen el plus de información a que hace mención la doctrina de la sala y tampoco se lleva a cabo en la modificación de la cláusula, difícilmente se puede considerar cumplida esa obligación por la entidad prestamista. La sentencia n.º 101/2019, de 18 de febrero, afirma que: "Conviene aclarar que no es que no quepa modificar la cláusula suelo del contrato originario. Esto es posible siempre que, como declaramos en las sentencias 489/2018, de 13 de septiembre y 548/2018, de 5 de octubre, la modificación se hubiere negociado. "De ahí que el debate se haya de contraer a si se tiene o no probada que la **novación** fuese negociada entre la prestamista y la prestataria". Y en este caso no se tiene por probada.

3. Del reintegro de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula de interés de demora.

Recorre la actora la falta de pronunciamiento de la sentencia con relación a la solicitud de condena al reintegro de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la cláusula de interés de demora que la sentencia declara nula. La pretensión está deducida en el escrito de demanda de la siguiente forma: "se condene a la demandada al reintegro de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la cláusula de interés de demora, debiendo proceder la demandada a recalcular los cobros realizados y a devolver la cantidad cobrada en exceso". En el acto del juicio, en las Conclusiones el letrado reiteró la solicitud.

La solicitud de aclaración/complemento de sentencia, fue desestimada por Auto de fecha 8 de Junio de 2018 en el que se indica que no procede la condena dado que no está acreditado que se haya cobrado cantidad alguna por aplicación de la cláusula declarada nula. No obstante, en el escrito de demanda ya indicaba la parte actora que el interés de demora le había sido aplicado, dado que había tenido dificultades económicas para pagar de forma puntual el préstamo, aportando el documento número 2 como acreditación de ello. La



aplicación de los intereses se formula por la entidad bancaria de forma automática pues lo genera la aplicación informática que utiliza. Sin embargo al consumidor no le resulta fácil contabilizar las cifras abonadas en este concepto. En el escrito de contestación a la demanda el Banco no niega que haya percibido importes en aplicación de esta cláusula, sino que se limita a indicar que la actora no los ha contabilizado. En el escrito de oposición al recurso reitera el mismo argumento y citó el principio de facilidad probatoria, argumentando que podía haberlo acreditado mediante la aportación de los extractos de movimientos de la cuenta, olvidando con ello que dichos extractos son los que ella debe facilitar al prestatario, por lo que en virtud de dicho principio debió haber acreditado en el procedimiento el importe percibido. Los importes son fácilmente cuantificables y están a disposición de la demandada. La Sentencia debe revocarse en este punto y condenar a la demandada al recálculo de las cantidades percibidas y la devolución de los importes abonados en aplicación de la cláusula declarada nula, con sus intereses desde la fecha de su percepción. No es necesario cuantificar su importe, dado que se trata de cuantías liquidadas por la propia demandada, por lo que el pleno conocimiento de ello excluye cualquier posibilidad de indefensión.

2.- TERCERO. Régimen de costas

Al estimarse el recurso no procede imponer las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 LEC .

PARTE DISPOSITIVA

El Tribunal decide:

1. Estimar el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Manuela frente a la Sentencia dictada y

a) declarar la nulidad por abusiva de la cláusula suelo del contrato de préstamo suscrito entre las partes en fecha 28 de Septiembre de 2007 y el contrato de **novación** de fecha 26 de Agosto de 2013.

b) Condenar al IBERCAJA, S.A. a recalcular las cuotas y al pago de las cantidades percibidas en aplicación de dicha cláusula y de la cláusula de intereses de demora, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro.

c) Confirmar el resto de los pronunciamientos

2. No hacer declaración sobre las costas de esta instancia.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469 - 477 Disposición Adicional 16ª LEC), y se interpondrá en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

Firme esta resolución, devuélvase los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.