



Roj: **SAP SA 32/2017 - ECLI: ES:APSA:2017:32**

Id Cendoj: **37274370012017100032**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2017**

Nº de Recurso: **670/2016**

Nº de Resolución: **37/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE RAMON GONZALEZ CLAVIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SALAMANCA

SENTENCIA: 00037/2017

N10250

GRAN VIA, 37-39

Tfno.: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34

N.I.G. 37274 42 1 2016 0001505

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000670 /2016

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.5 de SALAMANCA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000106 /2016

Recurrente: Flora , Tomás

Procurador: LAURA NIETO ESTELLA, LAURA NIETO ESTELLA

Abogado: **AITOR MARTIN** FERREIRA, **AITOR MARTIN** FERREIRA

Recurrido: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A.U.

Procurador: MARIA PILAR HERNANDEZ SIMON

Abogado: EDUARDO CALVO PEREZ

SENTENCIA Nº 37/17

ILMO. SR. PRESIDENTE:

DON JOSE RAMON GONZALEZ CLAVIJO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DON JOSE ANTONIO VEGA BRAVO

DON JUAN JACINTO GARCIA PEREZ

En la ciudad de Salamanca a dos de febrero de dos mil diecisiete.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el procedimiento **ORDINARIO Nº 106/16** del Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Salamanca, **Rollo de Sala Nº 670/16**; han sido partes en este recurso: como demandantes-apelantes **DOÑA Flora y DON Tomás** representados por la Procuradora Doña Laura Nieto Estella y bajo la dirección del Letrado Don **Aitor Martín** Ferreira y como demandado-apelado **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.U.** representado por la Procuradora Doña María Pilar Hernández Simón y bajo la dirección del Letrado Don Eduardo Calvo Pérez.



ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 23 de junio de 2016 la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Salamanca dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: "FALLO: Desestimando la demanda formulada por la Procuradora Sra. Nieto Estella en nombre y representación de DON Tomás y DOÑA Flora , contra BANCO CEISS, absuelvo de la misma a dicha demandada. Sin expresa imposición de costas."

2º.- Contra referida sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandante, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones alega como motivos del recurso: Infracción de las normas procesales en relación con los artículos 209 , 216 , 217 , 218 , 316 , 326 , 376 , 385 , 386 y 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con error en la valoración de la prueba e incongruencia de la sentencia; infracción de las normas sustantivas en relación con los artículos 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el artículo 80 del texto refundido de la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios , así como del artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación en relación con la Directiva 93/13 y el artículo 82 del texto refundido de la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios , con infracción de la jurisprudencia relativa la nulidad de las cláusulas suelo; infracción del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , para terminar suplicando se revoque la sentencia recurrida y se dicte otra conforme a lo interesado en el suplico del escrito de recurso.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado para terminar suplicando se dicte sentencia confirmando íntegramente la de instancia con imposición de costas a la contraparte.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo y se señaló para la **deliberación, votación y fallo** del presente recurso de apelación el día **diecinueve de enero de dos mil diecisiete** pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente **DON JOSE RAMONGONZALEZ CLAVIJO** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Cuestiones controvertidas y decisión en primera instancia.*

1.- Por la representación de Doña Flora y Don Tomás se interpuso demanda frente al Banco Caja España de Inversiones Salamanca y Soria solicitando la declaración de nulidad de la cláusula de interés mínimo contenida en el contrato de préstamo hipotecario de 14 de julio de 2004, condenando a la demandada a reintegrar la parte actora y de forma retroactiva las cantidades que hubiera podido cobrar en exceso durante la aplicación de la cláusula suelo desde su inicio y durante la tramitación del procedimiento, cantidad que asciende hasta la fecha de interposición de la demanda a 8157,60 euros, y subsidiariamente se condene a la entidad demandada a reintegrar a la actora las cantidades cobradas en exceso por la aplicación de la citada cláusula a partir del 9 de mayo de 2013, con imposición de costas a la entidad financiera.

2.- La demandada se opone a la demanda alegando en primer lugar la legalidad de la cláusula de interés mínimo o cláusula suelo introducida en el contrato, por constar expresamente en la oferta vinculante facilitada a los clientes, con información clara y precisa, constando la misma cláusula en la escritura pública autorizada por notario que garantiza la legalidad de la contratación y el conocimiento por los contratantes del contenido del contrato, a lo que hay que unir el hecho de que el 27 de julio de 2015 los actores, que ya conocían la existencia de la citada cláusula firmaron un nuevo documento con el Banco de revisión de condiciones financieras de préstamo vigente estableciéndose un nuevo tipo de interés del 2,25% para el período comprendido entre el catorce de agosto de 2015 y el 14 de febrero de 2021, constando en el citado documento que el prestatario está informado y comprende las condiciones financieras vigentes del préstamo incluida la aplicación de un tipo mínimo o cláusula suelo.

3.- La sentencia de instancia desestima las pretensiones de los actores como consecuencia de la revisión de la condición financiera relativa al tipo de interés mínimo, resultando que había sido objeto de una negociación individualizada, teniendo los consumidores en dicho momento conocimiento de la cláusula suelo y aceptando una rebaja durante cinco años del tipo mínimo al 2,25 %, sin que sea cierto que el consumidor no tuviera otra salida que pactar una rebaja del tipo de interés, cuando pudieron no pactar la modificación de la misma y solicitar la nulidad.

SEGUNDO.- *Examen de la oferta vinculante del préstamo hipotecario y de la escritura pública de 14 de julio de 2004.*



4. Según la documentación aportada a las actuaciones la oferta vinculante del préstamo hipotecario, en la que no consta fecha alguna pero que dio lugar a la firma con posterioridad de la escritura de préstamo hipotecario de 14 de julio de 2004, tras identificar a los prestatarios con sus nombres, apellidos y número del documento nacional de identidad y domicilio, establece en las correspondientes casillas las condiciones financieras, con referencia al importe del préstamo, periodos de amortización, comisión de apertura, intereses de demora, TAE, comisión de subrogación, comisión por varias condiciones, importe de las cuotas (1022,09 euros las seis primeras) comisiones de amortización parcial anticipada, comisión de subrogación de acreedor y referencia a los intereses, estableciéndose en el apartado relativo a interés variable en carencia un porcentaje nominal anual aplicable "mínimo", pero sin especificar cuál es ese mínimo.
5. Al hacer referencia al interés variable en amortización se hace constar un porcentaje nominal anual del 2,70 % en los primeros 6 meses, con revisión anual y un porcentaje en nominal anual aplicable "mínimo", pero sin establecerse cuál es ese interés mínimo anual, constando a continuación el índice de referencia Euribor, con un diferencial del 0,50 %.
6. Como hemos dicho, en ningún momento se especifica en la oferta vinculante de préstamo hipotecario cual es el interés anual aplicable mínimo, y por lo tanto, directamente la entidad financiera ha incumplido con la obligación que le viene legalmente impuesta de garantizar la adecuada transparencia, claridad, e información en la oferta vinculante de préstamo hipotecario, pues el cliente en ningún momento puede saber cuál será el tipo que le será aplicable en concepto de mínimo o cláusula suelo.
7. Es cierto que en la posterior escritura pública de fecha 14 de julio de 2004, en la cláusula tercera bis, se hace referencia a la revisión del tipo de interés inicial, a como el mismo se fijará en cada periodo sucesivo anual con un diferencial de 0,50 puntos porcentuales sobre el índice de referencia denominado Euribor; a la definición del concepto de Euribor y como se calcula el mismo; a la consideración de eficaz medio de prueba para la determinación del Euribor de la oportuna publicación de ese tipo de interés que se efectuó mensualmente en el Boletín Oficial del Estado; a qué ocurriría si esos tipos de referencia desaparecieran o dejarán de publicarse, en cuyo caso se utilizará como sustitutivo el tipo de referencia de las Cajas de Ahorros publicado en el Boletín Oficial del Estado; a la obligación de la Caja de Ahorros de comunicar a la parte prestataria el tipo de interés aplicable al préstamo a la siguiente liquidación; a la puesta a disposición del cliente del prestatario del servicio de defensor del cliente en caso de discrepancia sobre el tipo de interés aplicable y se contiene la siguiente referencia: "sin perjuicio de lo anterior, las partes acuerdan que el tipo de interés aplicable en cada momento independientemente del que resulte conforme a la revisión efectuada, en ningún caso será inferior al dos con setenta por ciento nominal anual".
8. La referencia al tipo de interés mínimo o cláusula suelo, como hemos visto, se contiene después de una larga y compleja cláusula tercera bis, mientras que en la cláusula tercera se establece el tipo de interés nominal anual durante los seis primeros meses del 2,70 por ciento, en número, y en número se hace referencia también al diferencial aplicable sobre el Euribor (0,50 puntos porcentuales), lo que permite una visión más clara y una mejor comprensión por parte del cliente, el tipo mínimo de interés tan sólo se hace constar en letra.
9. No consta que en la escritura pública el notario haya hecho referencia de forma expresa a la concordancia de los datos que constan en la misma escritura con la oferta vinculante de préstamo hipotecario y tampoco se haya advertido expresamente a los prestatarios de la existencia de una cláusula suelo o algún tipo de interés mínimo.
10. Por todo ello, es evidente que la cláusula suelo introducida en el contrato de préstamo hipotecario carece de la adecuada falta de claridad y transparencia, que debe exigirse a la entidad financiera según lo establecido en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de los préstamos hipotecarios y la circular 5/94 del Banco de España, de aplicación en la fecha en la que se otorgó la escritura.
11. Tampoco consta que la entidad bancaria haya procedido, con carácter previo al otorgamiento de la escritura pública, a informar adecuadamente del significado exacto de la oferta vinculante y en concreto del interés mínimo aplicable, realizando incluso las correspondientes simulaciones, a fin de que los prestatarios conociesen en todo momento el importe de la cuota mensual a satisfacer en situaciones de aplicación del interés variable por referencia al Euribor o de interés fijo.
12. En el acto del juicio declaró Don Julián, empleado de Caja Duero, que al parecer mantiene una buena relación con los prestatarios. Manifestó haber negociado con los clientes el préstamo hipotecario, habiendo hablado el tipo de interés, y en concreto del tipo mínimo. No deja de llamar la atención el hecho de que se trate de un empleado de la entidad financiera destinado en la oficina de la localidad de La Maya, pero por su relación con los clientes nunca se reunieron en la oficina, viéndose en Salamanca en la calle o en algún local de hostelería. Manifestó que se imaginaba que las condiciones del préstamo se las facilitarían a los clientes por teléfono o por escrito, o hablando, pero que no lo sabe bien. Reconoce que la oferta vinculante



la había realizado él con anterioridad y que sólo el día en que firman los clientes pone la fecha y archiva la oferta en el expediente, pero lo cierto es que, como hemos dicho, en el documento de oferta vinculante no consta fecha alguna. No recordaba si se habían entregado los documentos en la notaría días después de la entrega de la oferta vinculante y respecto de las simulaciones manifestó haberlas hecho sobre el precio vigente, no recordando si se hizo contemplando otros tipos o supuestos aunque entiende que sí. Considera que tipo mínimo y cláusulas suelo es lo mismo. Dijo tener claro que el tipo de interés mínimo era del 2,70 % y que tan sólo habló con Don Tomás , entendiéndolo que él era quien tomaba las decisiones por el matrimonio, siendo esto habitual y dando por supuesto que el otro cónyuge está al tanto.

13. El cliente demandante, Don Tomás , en su declaración afirmó no haber recibido simulación alguna y que si se le explicó lo que significaba el interés variable sobre el Euribor más 0,50%. Dijo que en ningún momento se la había entregado documentación alguna para su examen detenido y que la escritura se firmó en la oficina de Caja Duero y no en la notaría, limitándose el notario a comprobar la identificación de los clientes, el importe, el tipo de interés, los años de amortización, y a continuación firmaron, enterándose del problema de las cláusulas suelo por la prensa y al comprobar que las cuotas mensuales nunca bajaban.

TERCERO.- Nulidad de la cláusula suelo incorporada a la escritura de préstamo hipotecario.

14. En consideración a lo anteriormente expuesto, es evidente que, no siendo nulas por sí mismas las cláusulas que establecen un tipo mínimo de interés, conocidas como cláusulas suelo, la falta de información al cliente, y la omisión de todos los deberes relativos a la transparencia de la operación llevada a cabo, sí determina la nulidad de la cláusula suelo que nos ocupa, ya que no existió capacidad de comprensión real por los prestatarios de cómo juega o se desarrolla la citada cláusula, con el incremento que puede suponer en la cuota mensual, que en definitiva es lo que, en la mayoría de los casos, más importa al cliente consumidor.

15. Es obligación de la entidad bancaria asegurarse de que el prestatario está realmente informado de las condiciones del préstamo, y por otra parte no puede dejarse en manos de uno de los clientes la información completa al otro, debiendo recordar que ninguno de los cónyuges tiene atribuida la representación del otro sino le hubiere sido concedida por este de forma expresa, llamando la atención la habitual práctica bancaria de informar a uno de ellos, normalmente al marido, lo que podría tener una notable trascendencia por infracción del derecho a la igualdad de género, omitiendo todo el deber de información y transparencia respecto de otro de los sujetos de la operación jurídica, plenamente capaz, con plenitud de derechos y respecto del que debe comprobarse en su totalidad la conveniencia y pertinencia de la realización de la operación e informarle cabalmente de la trascendencia del contrato que va a firmar.

16. El artículo 82 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios considera abusivas todas las estipulaciones que no se hayan negociado individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de la exigencia de la buena fe, causen, un perjuicio al consumidor y usuario, o un desequilibrio importante en los demandados.

17. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reiteradamente viene advirtiendo que la protección de los consumidores, reconocida entre otros del artículo 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe gozar de un alto nivel, y ello obliga a extremar las medidas de control y exigencia de transparencia, cuando el cliente, ante un contrato de adhesión se vea imposibilitado de introducir modificaciones, negociando las particulares cláusulas que forman parte del mismo.

18. A ello responde el espíritu y finalidad de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, insistiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la necesidad de que las normas nacionales que obedezcan a una trasposición de una Directiva Comunitaria deben interpretarse siempre conforme al espíritu y finalidad de la directiva (principio de interpretación conforme). (STJUE As. Forecini Don).

19. A raíz de la sentencia Aziz, de 14 de marzo de 2013 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido estableciendo una serie de parámetros o criterios que deben tenerse en cuenta para comprobar hasta qué punto ha existido esa capacidad de negociación y existe posibilidad de modificación de las condiciones del contrato, exigiendo que la empresa o profesional, obrando de buena fe, debería llegar a la conclusión de que el consumidor o cliente, de haber actuado en igualdad de condiciones, no habría llegado a firmar esa cláusula.

20. En la sentencia del mismo tribunal de 21 de diciembre de 2016 (asunto Gutiérrez Naranjo) se afirma que el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato lo impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 . En efecto, esta disposición prevé, en los mismos términos que los que figuran en el artículo 5 de la misma Directiva, que las cláusulas contractuales deberán estar «redactadas [...] de forma clara y comprensible».



21. Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11 , EU:C:2013:180 , apartado 44).

22. Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 , de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular.

23. A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional.

24. Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11 , EU:C:2013:341 , apartado 44).

25. Por otro lado, se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10 , EU:C:2012:349 , apartado 63).

26. Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 , en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 78).

27. Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10 , EU:C:2012:349 , apartado 65).

28. En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.

29. Por otra parte, al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , EU:C:2015:21 , apartado 31 y jurisprudencia citada).

30. De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

31. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

CUARTO.- Examen de la revisión de condiciones financieras de préstamo vigente de 28 de julio de 2015.

32. Si bien de una forma no tan clara y precisa como sería de desear, según exige el artículo 399 de la LEC , lo cierto es que, y a diferencia de lo que costa en la sentencia de instancia, debemos admitir que el letrado de la parte actora ha hecho referencia en la demanda a como a partir del mes de setiembre de 2015 la entidad demandada ha rebajado la cláusula suelo del 2,70 % al 2,25% aunque, como veremos, nunca de forma unilateral,



sino estableciendo contacto con el cliente y, de alguna forma, manteniendo una cierta negociación cuyos efectos conviene analizar.

33. Según resulta de la grabación del acto del juicio Don Tomás tuvo conocimiento por los medios de comunicación del problema relativo a la incorporación, sin la debida transparencia, de cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario por un gran número de entidades bancarias. Igualmente procedió a comprobar cómo, pese a entender que el tipo de interés aplicable a su préstamo hipotecario era variable, y el Euribor había bajado considerablemente, la cuota mensual se mantenía inalterada.

34. Así las cosas contacta de nuevo con el empleado de la entidad bancaria de su confianza para ponerle de manifiesto el problema e intentar buscar una solución. Igualmente contacto con otras entidades bancarias, y en concreto con el Banco con el que habitualmente trabaja, para intentar llegar a una subrogación a la hipoteca, pero la operación suponía un coste añadido como consecuencia de la necesidad de proceder a una nueva tasación de la finca.

35. El empleado de la entidad bancaria, Don Julián, reconoce haber hablado con Tomás de este problema pero que la entidad bancaria no veía posible la eliminación de la cláusula suelo introducida en el contrato. No obstante se le ofreció la posibilidad de rebajar el tipo de interés al 2,25 % por un periodo de cinco años, manifestando no recordar que se tratase de una solución para unos meses y que luego se retiraría, tratándose de un "parche temporal". Sin embargo el cliente, manifiesta con toda rotundidad que se iba a firmar un nuevo contrato con carácter provisional como "parche".

36. El empleado de la entidad bancaria si reconoce que la modificación del tipo de interés estaba condicionada a la suscripción de un plan de pensiones y tal vez de un seguro, como justa compensación, entiende él, por la rebaja operada por el banco. Igualmente reconoce haber advertido a la entidad bancaria, y así consta en las observaciones al documento de modificación de condiciones, que el cliente iba a contratar un plan de pensiones y se estaba negociando con él para la contratación de un seguro de vida, y que el cliente tenía ofertas de otra entidad para subrogarse en la hipoteca.

37. Respecto de esta modificación de condiciones hay que advertir que el empleado de la entidad bancaria deja constancia de que la negociación tampoco se llevó a cabo en la oficina, y que siempre fue por teléfono. No consta en ningún momento que respecto de esta modificación de condiciones, que sustancialmente afectan a la cláusula suelo, se le ofreciera una información clara, precisa y detallada.

38. A la fecha de la modificación de condiciones, 28 de julio de 2015, se encontraba ya en vigor la orden del Ministerio de Economía y Hacienda 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

39. La citada orden es sumamente rigurosa a la hora de establecer las obligaciones que debe asumir la entidad financiera cuando oferta productos, y en concreto préstamos hipotecarios, debiendo entender, que conforme al artículo 2 de la misma el producto ofertado, siquiera sea como modificación de condiciones, se encuentra incluido en el ámbito de la misma y, por lo tanto, debió cumplir con cuánto establece los artículos 6,7 y 8 de la misma en cuanto información de contractual, información contractual, y comunicaciones al cliente y de forma muy especial con lo previsto en el artículo 9 cuando establece: "Las entidades de crédito deberán facilitar a todo cliente explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera. Estas explicaciones comprenderán la aclaración del contenido de la información y comunicaciones a las que se refiere esta orden, así como una indicación sobre las consecuencias que la celebración de un contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente".

40. La sentencia de instancia considera que el cliente cuando acude a la entidad bancaria en solicitud de nulidad de la cláusula suelo ya tenía un pleno conocimiento de lo que significaba la misma, y, en base a ese conocimiento había llevado a cabo el contrato de modificación de condiciones, en concreto la relativa al tipo mínimo fijado o cláusula suelo, lo que supondría una convalidación del contrato de préstamo hipotecario.

41. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en interpretación de la directiva 93/13, de cláusulas abusivas, mantiene un criterio diferente. Así, la citada sentencia de 21 de diciembre de 2016, como ya hemos dicho, obliga a restablecer de forma plena la situación de hecho y de derecho que existiría si hubiera introducido la cláusula abusiva. Al mismo tiempo, desde la sentencia de 12 de junio de 2012, (asunto Banesto Calderón Camino), y otras muchas, insiste en que no debe procederse a la moderación o subsanación del vicio cometido como consecuencia de la incorporación de una cláusula abusiva, pues ello supondría privar de la eficacia disuasoria que en definitiva pretende la citada directiva.

42. La reciente sentencia del mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017 (asunto Banco Primus) establece que un examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato



celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

43. Este examen debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.

44. Por otra parte, el necesario carácter en disuasorio de la Directiva y el alto nivel de protección de los consumidores exigido por la Unión Europea, obliga a eliminar totalmente del contrato la cláusula suelo introducida con falta de transparencia, siendo la citada cláusula totalmente nula, y como es sabido, lo que es nulo no produce efectos, siendo su nulidad radical y absoluta desde el primer momento de su introducción en el contrato, habiendo establecido la citada sentencia de 21 de diciembre de 2016, la imposibilidad de limitar retroactivamente la eficacia de dicha nulidad.

45. Por todo ello, los consumidores, Don Tomás y Doña Flora, cuando llevaron a cabo la modificación de las condiciones del contrato de préstamo hipotecario en lo relativo a la fijación de un tipo de interés mínimo negociado por periodo de cinco años, ciertamente, como dice la sentencia de instancia, tenían ya algún conocimiento del debate social y jurídico respecto de las citadas cláusulas, pero la entidad bancaria, profesional, y dueña de alguna forma del negocio, en cuanto que fue quien introdujo la cláusula abusiva, también sabía sobradamente que dichas cláusulas eran nulas y no podían producir efecto alguno, y eso lo sabía sin ningún género de dudas al menos desde el 9 de mayo de 2013, habiendo sido condenada reiteradamente por los tribunales de esta ciudad por la introducción de la citada cláusula en gran número de contratos.

46. Así las cosas, nunca debió forzar, como forzó, la negociación transitoria, pero con una transitoriedad de nada menos de cinco años, para una mínima rebaja del tipo de interés mínimo o cláusula suelo, además condicionándolo a la suscripción de otros productos ofrecidos por la misma entidad financiera como un plan de pensiones e incluso la posible contratación de un seguro de vida.

47. Debemos tener en cuenta que el artículo 3.1 apartado 3, de la Directiva 93/13, y el anexo que lo complementa considera como cláusulas abusivas: i) hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato; o) obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas.

48. En el presente caso, se ha movido la voluntad del consumidor por parte de la entidad bancaria, de nuevo faltando al adecuado deber de información, que supondría advertirle de que la cláusula suelo introducida en el contrato originario era nula.

49. Por todo ello, el consentimiento prestado para la firma del contrato de modificación de condiciones de 28 de julio de 2015, está viciado también por error y, en consecuencia debe estimarse totalmente la demanda interpuesta por los actores, condenando a la entidad bancaria a estar y pasar por la declaración de nulidad de la cláusula suelo introducida en el contrato originario y la modificación operada con posterioridad, debiendo devolver las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la aplicación de la cláusula suelo desde el inicio de la relación contractual.

QUINTO.- Costas.

50. La estimación íntegra de la demanda supone la necesaria condena en costas a la entidad bancaria, según lo establecido en el artículo 394 de la LEC.

51. La estimación del recurso de apelación supone que no haya lugar a hacer pronunciamiento respecto de las costas causadas en segunda instancia según lo establecido en el artículo 398 de la misma ley.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución.

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Doña Laura Nieto Estella, en nombre y representación de **Doña Flora y Don Tomás**, declaramos la nulidad de la cláusula de interés mínimo introducida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en el 14 de julio de 2004 en virtud de escritura de ampliación de préstamo hipotecario, y la modificación de las condiciones del mismo operada por contrato de 28 de julio de 2015, condenando a **Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, SAU**, a estar y pasar por esta declaración y a reintegrar a los actores, de forma retroactiva, el total de las cantidades que hubiera podido cobrar en exceso durante la aplicación de esa cláusula suelo o de interés mínimo desde



el inicio y durante la tramitación del procedimiento hasta su conclusión, con expresa imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada y sin hacer pronunciamiento respecto de las costas de esta segunda instancia.

No tífquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ