



Roj: **SAP SA 215/2017 - ECLI: ES:APSA:2017:215**

Id Cendoj: **37274370012017100215**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **28/03/2017**

Nº de Recurso: **57/2017**

Nº de Resolución: **178/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN BORJABAD GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SALAMANCA

SENTENCIA: 00178/2017

N10250

GRAN VIA, 37-39

Tfno.: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34

N.I.G. 37274 42 1 2016 0004069

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000057 /2017

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

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000291 /2016

Recurrente: Isidro

Procurador: LAURA NIETO ESTELLA

Abogado: **AITOR MARTIN FERREIRA**

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

Procurador: MARIA ANGELES CARNERO GANDARA

Abogado: PEDRO MENDEZ SANTOS

SENTENCIA Nº 178/17

ILMO. SR. PRESIDENTE:

DON JOSE RAMON GONZALEZ CLAVIJO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DOÑA Mª CARMEN BORJABAD GARCIA

DON EUGENIO RUBIO GARCIA

En la ciudad de Salamanca a veintiocho de marzo de dos mil diecisiete.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el procedimiento **ORDINARIO Nº 291/16** del Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Salamanca, **Rollo de Sala Nº 57/17**; han sido partes en este recurso: como demandante-apelante **DON Isidro** representado 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 Mª Angeles Carnero Gándara y bajo la dirección del Letrado Don Pedro Méndez Santos.



ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 14 de noviembre 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. Laura Nieto Estella, en nombre y representación de DON Isidro , contra BANCO CEISS, absuelvo de la misma a dicha demandada. Sin expresa imposición de las costas causadas."

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 terminó suplicando se revoque la sentencia recurrida y se dicte otra conforme a lo interesado en el suplico del escrito de recurso de apelación.

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 por la que se desestime íntegramente el recurso de apelación, confirmándose íntegramente la sentencia de instancia, con expresa imposición a la parte actora-apelante de las costas procesales de la segunda instancia.

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 **veintiuno de marzo de dos mil diecisiete** pasando los autos a la Ilma. Sra. Magistrada Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑA M^a CARMEN BORJABAD GARCIA**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora fundamento su recurso de apelación en el error en la apreciación de la prueba y en la aplicación del derecho por parte de la sentencia apelada, porque tras declarar la falta de transparencia de la cláusula suelo objeto de juicio, desestimó la demanda por entender que el actor protestó y renegó la cláusula que quedó fijada en el 2,25%, lo que constituye un acuerdo novatorio que sustituye el pacto primitivo, lo cual constituye una infracción del derecho y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, ya que las rebajas puntuales en el suelo no constituye ninguna renovación de la cláusula en cuestión, ni convalida, ni sanan la nulidad anterior, que es una nulidad radical, y no suponen un acto propio confirmatorio o de renuncia de acciones.

La entidad demandada Banco Ceiss se opuso a dicho recurso.

SEGUNDO.- Así las cosas, es claro que la clave sobre la que pivota el conflicto objeto de juicio en esta segunda instancia no es otra que determinar si, como afirma la sentencia recurrida, la cláusula controvertida fue objeto de negociación individual con el Banco por el consumidor demandante (la condición de consumidor del demandante no es discutida), con conocimiento además cabal y completo de todas sus implicaciones, siendo la prueba de dicha negociación individual las nuevas liquidaciones y consiguientes recibos bancarios de pago de la cláusula suelo objeto de juicio tras su modificación a la baja. De suerte que en el caso de que se entendiera que no existió negociación individual de tal cláusula, no será preciso analizar si concurre en este caso el doble control de transparencia a que alude la trascendental sentencia del Pleno Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , puesto que la sentencia de 1ª instancia ya se pronunció sobre ese punto, concretamente en sentido negativo, de modo que expresamente declaró que la cláusula suelo objeto de juicio no cumple los requisitos de transparencia, sin que ninguna de las partes, y en especial tampoco la demandada, haya impugnado tal pronunciamiento.

La Sentencia del Tribunal Supremo 241/13 de 9 de mayo de 2013 dice a este respecto: "no podemos compartir la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una clausula e imposición de la misma. El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC -"[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes [...]"- como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual "[l]as condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo".



"Las cláusulas contractuales prerredactadas,"continúa diciendo dicha STS, sean condiciones generales - sometidas a la LCGC- o particulares -no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente. Como de forma gráfica describe el Ministerio Fiscal, existe imposición cuando, elegido un determinado contrato, "[...] nada ni nadie evita al cliente la inserción de la cláusula suelo y techo" .

A continuación en los párrafos 151 y 152 alude a que no debe confundirse imposición del contenido del contrato con imposición del contrato, en el sentido de que es posible que sin haber imposición del contrato (en el sentido de que nadie obliga a nadie a contratar), sí haya imposición de su contenido (si se quiere contratar, se ha de aceptar un predeterminado contenido): " Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo (...)Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un "cliente cautivo" por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con "sus" bancos que minoran su capacidad real de elección."

Paradigma de lo que exponemos es el razonamiento conclusivo del párrafo 165 de la sentencia analizada, que dice lo siguiente:

"De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que:

- a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.
- b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.
- c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios...."

Trasladando lo expuesto a nuestro caso, hemos de concluir que el hecho de que el banco demandado haya acompañado a los autos unos recibos bancarios de pago del préstamo donde se refleja que la cláusula de tipo fijo que el banco está aplicando es de 2,25% de interés, no significa que el actor haya podido influir sobre el contenido de la cláusula suelo que contenía el contrato suscrito, o que hubiera podido negociarla, ni tampoco hubiera podido negociar la rebaja de dicha cláusula que unilateralmente el banco ha llevado a cabo por el momento.

Dicho lo anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo 241/13 de 9 de mayo de 2013 considera además probado por notoriedad que en determinados productos y servicios, tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Considera el Tribunal Supremo que en estos casos, quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente, o renunciar a contratar. Y que ello ocurre precisamente en el ámbito del contrato que nos ocupa (ámbito bancario, financiero e hipotecario), en el que se cumple el fenómeno que el propio Tribunal Supremo en la sentencia comentada describe como "take it or leave it" -lo tomas o lo dejas-. A este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo 241/13 de 9 de mayo de 2013 señala que "los servicios financieros son grandes «consumidores» de cláusulas contractuales" , y, de hecho, la citada OM de 1994 parte de que el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas. De ahí que imponga determinados deberes de información a las prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura." Y luego añade, citando al IBE (apartado 3.1). que "[u]n análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados



sobre el índice de referencia correspondiente [...] En definitiva, la aplicación de estas cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad".

En definitiva: siguiendo al Tribunal Supremo, podemos afirmar que es un hecho notorio que las entidades financieras incluyen este tipo de cláusulas predispuestas en los contratos que, como sucede con los préstamos hipotecarios, ofrecen en masa a una pluralidad de clientes y a través de las diferentes sucursales de la entidad, y que tales cláusulas no son susceptibles de negociación individual por los clientes consumidores.

Por eso precisamente el Tribunal Supremo considera que no le corresponde al consumidor la carga de probar el hecho negativo de que la cláusula no fue negociada individualmente por él, sino que, por el contrario, la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos o de su aplicación práctica modificada, es decir, la carga de la prueba del hecho positivo de que se ha negociado de forma individual, incumbe a la entidad financiera. Es el banco el que debe probar este extremo. En este sentido, el ya comentado párrafo 165 de la sentencia referida del Tribunal Supremo razona al respecto de forma rotunda que "la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario."

TERCERO.- Pues bien, en nuestro caso, no existe prueba alguna que acredite que el actor pudo negociar individualmente la "cláusula suelo" controvertida, ni su aplicación práctica modificada con el Banco Ceiss. Su posición consta que se ha limitado a aceptar las condiciones de la demandada, incluida la "cláusula suelo", así como su unilateral aplicación práctica modificada a la baja, o, respectivamente, no contratar o denunciar el contrato celebrado, como así han hecho mediante la demanda que ha dado origen al presente pleito. Se trata, por lo tanto, de una condición general cuyo contenido no pudo evitar el hoy actor, como tampoco su modificación a la baja hasta donde el Banco ha impuesto, salvo que se hubiera abstenido de contratar con dicho Banco, o bien, como se ha dicho, denunciar la nulidad de tal cláusula.

No cabe aceptar, pues, que la rebaja impuesta por el Banco en la aplicación de la cláusula en cuestión y respetada de "facto" por los demandantes mediante el pago de la nueva cantidad resultante, suponga sin más que dichos demandantes han negociado individualmente el contenido de la tan repetida "cláusula suelo", lo que priva a ésta de su carácter de cláusula predispuesta, general y no negociada en su contenido e inclusión.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 124/2012 de 6 marzo, Aranzadi RJ 2012\5435, señala, con cita de las sentencias 661/2011, de 4 de octubre (RJ 2011, 6835), y 691/2011 de 18 de octubre (RJ 2012, 421), que **para que resulte aplicable la clásica regla venire contra factum proprium non valet -manifestación del principio de buena fe que, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, impone el artículo 7 del Código Civil-, es precisa la concurrencia los siguientes requisitos**: 1) Existencia de una **conducta jurídicamente relevante**; 2) Que tal conducta **tenga una significación inequívoca y sea susceptible de generar en terceros expectativas razonables**; 3) Que la **conducta posterior sea incompatible con la anterior y defraude las legítimas expectativas creadas**.

Doctrina sobre cuya base no cabe sino concluir que es evidente que el cumplimiento de un contrato no excluye ni impide la posterior invocación de su nulidad, pues no es una conducta que signifique inequívocamente la renuncia al ejercicio de dicha acción, al admitir explicaciones alternativas, como la ignorancia sobre la existencia de la cláusula o de su significación, o en el caso de autos, la ignorancia sobre la significación global y final de la rebaja impuesta, existiendo, en cualquier caso, un plazo desde la consumación del contrato para hacer valer dicha nulidad (art. 1301 del Código Civil). El hecho de que el o los consumidores actores adviertan la existencia de la cláusula o sus efectos y la denuncien en juicio después de iniciado el cumplimiento del contrato, o después de modificada a la baja tal cláusula por el banco no hace su derecho de peor condición que el que lo advierte inmediatamente o ejercita la acción poco tiempo después de la firma de la escritura.

Nadie niega que una modificación a la baja de la tal cláusula suelo impuesta por el Banco no suponga una moderación de la misma beneficiosa para el consumidor. Ahora bien, la jurisprudencia del TJUE - cfr. STJ 14/06/12, asunto C-618/10 Banco Español de Crédito, S.A y Sentencia TJUE de 21 Enero de 2015- y de nuestro TS - cfr. STS, Civil sección 991 del 24 de marzo de 2015 (ROJ: **STS 1279/2015** - ECLI:ES:TS:2015:1279), Sentencia: 138/2015 | Recurso: 1765/2013 | Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA- han concluido que la consecuencia de la declaración del carácter abusivo de una cláusula es su nulidad, sin que haya posibilidad de moderación por los tribunales. De modo, pues, que se impone la exclusión de la cláusula del contrato de que se trate, sin posibilidad de su modificación y moderación, salvo que el consumidor debidamente informado, de forma libre y voluntaria negocie individualmente esa moderación. Siempre en el bien entendido que dicha negociación por definición, como se desprende de la propia LGDCUE, en su art 82, exige una acción bilateral en la delimitación del contenido de la cláusula en cuestión, nunca unilateral, por parte



ambas partes, tanto el consumidor, como el profesional. Negociación individual cuya prueba corresponde al profesional que la alegue, pero que en el caso que nos ocupa, brilla totalmente por su ausencia.

Procede, pues, estimar el presente recurso de apelación, y con ello, la demanda que dio origen al juicio.

CUARTO .- Por aplicación del art. 394.1 LEC , se imponen las costas de la 1ª instancia a la demandada.

QUINTO .- Conforme al art. 398.2 LEC , no se hace imposición de las costas de este recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes constitucionalmente conferidos por el pueblo español.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de **DON Isidro** contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2016, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de esta ciudad , revocamos la misma, y, en consecuencia, estimamos íntegramente la demanda interpuesta por don Isidro contra Banco Ceiss, por lo que declaramos la nulidad por abusiva de la cláusula financiera Tercera bis de dicha escritura en cuanto a la parte de su texto que, estableciendo un tipo de interés nominal variable mínimo o "cláusula suelo, dispone "En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser (...) inferior al tres coma cincuenta por ciento", y en consecuencia lo tenga por no puesto y sin efecto desde la fecha del contrato. De manera que condenamos a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, a recalcular el cuadro del préstamo y a restituir al actor los intereses cobrados en lo que excedan de la mera aplicación del Euribor aplicable más el diferencial. Se condena asimismo al pago de los intereses legales devengados desde la fecha de cada pago indebido.

Todo ello con imposición a la demandada de las costas de la Primera Instancia, y sin hacer imposición de las de esta instancia a ninguna de las partes.

Notifíquese 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.