

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.3
SALAMANCA**

Laura Uriarte
PROCURADORA
09-01-2018
NOTIFICACION

SENTENCIA: 00001/2018

PLAZA COLON S/N, 2ª PLANTA
Teléfono: 923284681, Fax: 923284682
Equipo/usuario: 16
Modelo: S40000

N.I.G.: 37274 42 1 2017 0001089

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000116 /2017

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. S [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. LAURA URIARTE NIETO

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. CAJA BADAJOZ (IBERCAJA BANCO S.A)

Procurador/a Sr/a. MIGUEL ANGEL GOMEZ CASTAÑO

Abogado/a Sr/a. Mª JOSE COSMEA RODRIGUEZ

SENTENCIA

En Salamanca a ocho de enero de dos mil dieciocho. Vistos por D. Juan Charro Moro, Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de esta ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario, registrados con el núm. 116/2017, seguidos a instancia de Dª. S [REDACTED] representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. LAURA URIARTE NIETO y asistida por el letrado D. AITOR MARTIN FERREIRA contra CAJA BADAJOZ (IBERBANCO S.A) representada por el Procurador de los Tribunales D. MIGUEL ANGEL GOMEZ CASTAÑO y asistida por la letrada Dª. MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la primera de las procuradoras mencionadas, en la representación que ostenta y acredita en autos, se presentó demanda de juicio ordinario que por turno de reparto correspondió a este Juzgado; en dicha demanda, después de exponer los hechos en que se basaba y los fundamentos de derecho que consideraba aplicables a los mismos, solicitó que, tras los trámites pertinentes, se dictase sentencia por la que condenase a la demandada de conformidad con los pedimentos establecidos en el suplico de su demanda, que se dan por reproducidos.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la entidad demandada para que compareciera y contestará, lo que llevo a cabo a través del escrito de contestación a la demanda presentado por su representación procesal, en el que en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, se opuso a la demanda interpuesta, solicitando la íntegra desestimación de la misma con expresa condena en costas a la parte demandante.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa del art. 414 LEC, ésta se celebró el día 2 de mayo de 2017, con la presencia de las partes personadas, con sus procuradores y letrados. No se llegó a avenencia entre los interesados. Se fijaron los hechos objeto de debate y las partes propusieron los medios de prueba que consideraron oportunos, sobre cuya admisión decidió el juzgador en los términos que constan en el soporte de grabación audiovisual.

CUARTO.- Señalado día y hora para la celebración del juicio, éste se celebró el día 3 de octubre de dos mil diecisiete, compareciendo la parte actora y la parte demandada y practicándose las pruebas que se declararon pertinentes. Finalmente las partes concluyeron en defensa de sus respectivas pretensiones y las actuaciones fueron declaradas concluidas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con fundamento en los artículos 1, 7 y 8.3 de la ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, 10.1c y 10 bis de la Ley 26/1984 de 19 de junio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo 80.1,82.1, 83.1 y 87 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en el artículo 1.303 del Código Civil, se ejercita por la actora una acción de nulidad de la denominada “cláusula suelo” o límite a la variación del interés aplicable contenida en la estipulación relativa a la amortización del préstamo de la escritura de préstamo hipotecario de 13 de marzo de 2009, en la que se hace constar que “...En ningún caso por aplicación de la revisión que debe producirse en cada periodo, el tipo de interés nominal a aplicar podrá ser inferior al 3,75 % ni exceder del 12 %”, interesando que los efectos de la nulidad de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés se extiendan al contrato de novación de 19 de julio de 2013 en que las partes acuerdan sustituir la cláusula suelo objeto de impugnación por un tipo fijo del 3%.

La parte actora sostiene que no fueron debidamente informada, de forma comprensible antes de suscribir las escrituras mencionadas de la inclusión en la misma de la cláusula suelo ni del significado y consecuencias de su introducción en el contrato en el que se subrogaban, afirmando que la firma del contrato de préstamo resultó precedida únicamente de escasas conversaciones con el responsable de la entidad bancaria que se centraron únicamente en el capital prestado, plazos de devolución y tipos de interés aplicables a las cuotas correspondientes. Considerando por lo tanto que nos encontramos ante una cláusula manifiestamente abusiva, la parte actora solicita mediante la que previa declaración de nulidad de la cláusula suelo impugnada, se acuerde la devolución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la aplicación de la citada “cláusula suelo” de forma retroactiva desde la fecha de la celebración del contrato hasta el momento en que se deje de aplicar la cláusula mencionada que a fecha de presentación de la demanda asciende a la cantidad de 4.685,06 euros, incrementadas en el interés legal correspondiente, se condene a la demandada a rehacer el cuadro de amortización del préstamo sin aplicación de la cláusula declarada nula, todo ello con expresa imposición de costas procesales a la parte demandada.

La parte demandada se ha opuesto a la acción ejercitada alegando que la demandante era perfectamente consciente de la existencia, alcance y consecuencias de la cláusula suelo incorporada a la escritura de préstamo hipotecario y que a estos efectos fue debidamente informado por los empleados de la entidad bancaria y por el notario autorizante de la escritura, insistiendo en que la entidad bancaria ha cumplido los deberes de transparencia que le eran exigibles. Considera por último que a la vista del acuerdo de novación de las condiciones del préstamo suscrito por las partes el día 19 de julio de 2013, el comportamiento de la actora infringe la doctrina de los actos propios pues, en el documento novatorio el demandante declara conocer la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la falta de transparencia de las denominadas “cláusulas suelo”, renunciando de forma expresa a las acciones que le pudieran corresponder en virtud del clausulado del préstamo hipotecario.

SEGUNDO.- Examinadas que han sido las alegaciones de las partes, las cuestiones a resolver en el presente procedimiento se centran en examinar la posible abusividad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés objeto de impugnación, determinado en su caso la eficacia del acuerdo de novación suscrito entre las partes el día 19 de julio de 2013,

En relación a la primera de las cuestiones planteadas, comenzaremos por indicar que no se ha planteado controversia alguna entre las partes a la hora de afirmar que con fecha de 13 de marzo de 2009, las partes suscribieron un préstamo con garantía hipotecaria por el que la demandada entregó a la actora la cantidad de 70.000 euros, que la prestataria se obligó a devolver en el plazo de 444 mensualidades. Entre las estipulaciones de la escritura se hace constar que “En ningún caso por aplicación de la revisión que debe producirse en cada periodo, el tipo de interés nominal anual a aplicar podrá ser inferior al 3,75 % POR CIENTO, ni exceder del 12% POR CIENTO”.

Con estas premisas la primera de las cuestiones a resolver en el presente procedimiento se refiere sin duda a determinar si la referida cláusula de limitación de variabilidad del tipo de interés o cláusula suelo es abusiva y en consecuencia nula de pleno derecho.

En la resolución de la cuestión planteada debemos comenzar diciendo que la Ley 26/1984, de 19 de junio (RCL 1984,1906) General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, modificada por la Ley de 7/1998, de 13 de Abril establece en su artículo 10.1.c) que las cláusulas deberán respetar la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones, añadiendo en el apartado 4 que “serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos”. En el artículo 10 bis.1 de la Ley se da una definición de cláusulas abusivas al considerar tales “Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. En los mismos términos se expresa el artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril cuando afirma que “Serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales los definidos en el artículo 10.bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de , General para la defensa de Consumidores y Usuarios”, debiendo tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 1.2 de la Ley 7/1998 “El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”.

En la actualidad, a la hora de interpretar la posible abusividad de las cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés, los juzgados y tribunales acuden en primer lugar a las consideraciones expuestas en la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 241/2013 (RJ 2013,3088) de 9 mayo, que como es conocido vino a establecer un antes y un después en esta materia y que vino a señalar:

“210...el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los

presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”.

211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

213. En definitiva, como afirma el IC (Informe de la Comisión) 2000, “(e)l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con conocimiento de causa”

223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas –generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. 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”

225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

a). Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Añadiendo posteriormente que:

256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definitoria del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, este informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio

257. No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo- máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo”

En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 18 de septiembre de 2014 ya declaró que “El cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 de la orden de 5 de mayo de 1994 (RCL 1994,1322) sobre transparencia en las condiciones financieras de los

préstamos hipotecarios supone el cumplimiento de un primer deber de transparencia para superar el control de incorporación: la cláusula existe, se incorpora a una propuesta reglamentariamente exigida y se entrega al solicitante del préstamo, por lo que al cumplir todos estos requisitos se entiende incorporada al contrato y aceptada por el prestatario. Pero las sentencia de la Sala 1ª del TS antes citada exige un segundo nivel de control de transparencia que para la protección de los consumidores y usuarios se infiere del artículo 80.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, añadiendo que “sobre la base de una transparencia meramente sistemática tendríamos que poner muy en cuestión que concurra en este caso, en el que la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés aparece al final de la página Entremezclada con un cúmulo de condiciones redactadas de forma amalgamada sin descansar sus datos esenciales, y con un tamaño de letra que, según la redacción actual del artículo 80.2 del TRLGDCU (RCL 2007,2164 y RCL 2008,382), no superaría el control de accesibilidad y legibilidad exigido por ser inferior al milímetro y medio” y que “aunque se afirme que se ha cumplido la normativa lo cierto es que no ha sido así, en la medida en que no se ha cumplido lo dispuesto por los artículos 60 y 80 del TRLGDCU y las consecuencias que de dichos preceptos hemos de extraer en relación con la Jurisprudencia que los interpreta. Las normas reglamentarias y las directrices marcadas por los organismos reguladores no constituyen un parapeto tras el cual pueda ocultarse la pasividad en el cumplimiento de los deberes de transparencia. Esta cuestión ha sido resuelta en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013,3088) porque parte precisamente, del cumplimiento de la normativa bancaria habitual (oferta vinculante incluida) para llegar a la conclusión de que con él se supera el control de incorporación pero es insuficiente para garantizar el control de transparencia que debe extenderse a la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Dice “... la OM de 5 de mayo de 1994 (RCL 1994,1332) regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sistemática, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras...” Pero el cumplimiento de esa normativa “es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es

transparente”. Ese control de transparencia que podríamos denominar sustantivo “incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato” Y afirma que la cláusula suelo, en el caso que analiza, no supera el control de transparencia”. La Sentencia citada continua diciendo que “la mera lectura de un contrato no revela al predisponente de la obligación de actuar con la debida transparencia, el que predispone la cláusula sabe –o debe de saber- el alcance de sus condicionados, y tiene la obligación de destacar las condiciones generales que por englobarse en una maraña de especificaciones, pudieran pasar desapercibidas para quien las suscribe cuando se refieran a elementos delimitadores del contenido económico esencial del contrato. A esta generalización y amalgamamiento textual no es ajena la oferta vinculante. Destacamos por último que la sentencia del TS reiteradamente citada resuelve sobre una acción colectiva ejercitada por una asociación de consumidores y usuarios frente a una entidad bancaria para declarar la nulidad de las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés referido a todos los contratos de préstamo suscritos con consumidores y usuarios, lo que abarca- como es lógico- también los préstamos hipotecarios en los que, previsiblemente, se habría entregado previamente una oferta vinculante – o se habría hecho en gran número de casos, sin que esta circunstancia supusiera óbice alguno para la anulación de la cláusula”.

En la misma línea la se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 705/2015 de 23 de diciembre al señalar que “1- La doctrina emanada de las sentencias del Pleno de esta Sala 1ª números 241/2013, de 9 de mayo; 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; y 139/2015, de 25 de marzo; y de la Sentencia 222/2015, de 29 de abril; ha tratado el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria (“clausulas suelo”). Ya con anterioridad a tales resoluciones, varias sentencias habían declarado la procedencia de realizar un control de transparencia de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre el precio y la prestación. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las 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 se perfila con mayor claridad en las núm. 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.

El artículo 4.2 de la directiva 1993/13 CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que <<la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del contrato principal ni a la adecuación entre el precio y la retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible>>”. La sentencia añade que “Como recordamos en la Sentencia 138/2015, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical <<conforme a la directiva 93/13/CEE y a lo declarado por ésta Sala en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez, tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de ejecución o desarrollo del mismo>>. Por ello, seguía diciendo en nuestra sentencia, << la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento>>.

Po tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otro, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar en conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que no puedan utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y

estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio de la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. El artículo 4.1 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (<< La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible>>), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial del consumidor consistente en la imposibilitada de comparar entre diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad e préstamo, de entre los varios ofertados.

Por lo tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre el precio y la contraprestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo del precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

3- Las citadas sentencias de esta Sala han basado dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia “documental” verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 TRLGCU, interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE; y hemos citado a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer << de manera transparente el motivo y modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste>>.

4.- La STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multdivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que <<la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical>> (párrafo 71), que <<esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva>> (párrafo 72), que <<del anexo de la misma Directiva resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las

particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo>> (párrafo 73), y concluir en fallo que <<el artículo 4, apartado 2, de la directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de de que una cláusula contractual deba redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor , sino también de que ese contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referid, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo>>.

Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015 asunto C-143/13, cuyo párrafo 74 declara << de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y 2, b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para la satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo de interés , así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan”.

TERCERO.- La aplicación de los criterios expuestos al caso que nos ocupa determina que, acreditada la condición de consumidor de la demandante y valorado el resto de material probatorio aportado al procedimiento, deba estimarse la demanda interpuesta, declarando la nulidad de la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés prevista en la estipulación tercera bis de la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes el día 13 de marzo de 2009.

A la hora de efectuar una correcta valoración de la prueba en este tipo de procedimientos, y sin perjuicio de las circunstancias que en casos especiales puedan

producirse, conviene prestar especial atención a la prueba documental y, en especial a la escritura de préstamo en que se recoge la cláusula tachada de abusividad. Ello es así, porque la experiencia viene a demostrarnos que las declaraciones que a menudo prestan las partes o los empleados de la entidad bancaria, carecen de objetividad por razones obvias. El interés del consumidor en el resultado del pleito no precisa de mayores explicaciones. La declaración del responsable de la entidad bancaria suele carecer también de la más mínima imparcialidad, no solo por motivos de dependencia laboral y económica, sino porque la mera hipótesis de que no se hayan cumplido los requisitos de transparencia en la contratación, solo podría justificarse si han cumplido directrices expresas del banco o que han efectuado su trabajo de forma equivocada, lo que sin duda les inclina a insistir en que informaron a los clientes de la existencia, alcance y contenido de cualquier cláusula del contrato.

El estudio detallado de la conocida sentencia 241/2013 de 9 de mayo del Tribunal Supremo viene a confirmar esta postura pues, a la hora de determinar el cumplimiento de los deberes de transferencia de las cláusulas suelo no pone el acento en las circunstancias subjetivas de las partes o de los empleados de la entidad bancaria, sino que atiende especialmente a la redacción de la escritura y a la ubicación de sus cláusulas.

Así las cosas, la valoración conjunta de la prueba refleja que la demandante no fue informada de forma previa, clara y comprensible sobre cuál iba a ser el coste comparativo con otras modalidades de préstamo que en caso de existir ofreciera la propia entidad. Deberá tenerse en cuenta que la escritura en cuestión omite información en relación a que la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés es un elemento esencial del préstamo que está destinado a desplegar sus efectos durante toda la vida de la póliza. En este sentido se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de febrero de 2015, en la que invocada por la entidad bancaria que “tres años y medio después, el demandante negoció personalmente la modificación a la baja de la clausula suelo, consiguiendo que con fecha de 9 de febrero de 2011, se redujera desde el 3,50 % al 3,10%, por el plazo de un año” vino a desestimar el motivo de oposición entender que “lo que la entidad financiera ha de demostrar es que el consumidor dispuso de esa información de forma previa y con la antelación suficiente para hacer una valoración correcta de su significado, esto es para hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas que se derivan de la inclusión de límites a la variación de los tipos de interés, y evaluar si lo que se ofrecía como un préstamo a interés

variable era en realidad un préstamo de interés variable pero solo al alza, esto es un préstamo a interés variable pero solo en interés de la entidad de crédito.

Las circunstancias expuestas impiden que el consumidor pueda haberse hecho una representación real de las verdaderas características de la escritura de préstamo que estaba firmando y de la inclusión en el mismo de la cláusula suelo a que se ha hecho referencia, debiendo declararse la nulidad de la misma, sin que pueda considerarse óbice para ello que el notario autorizante leyera la escritura de préstamo en cuestión en el momento de la firma pues como se reconoce por la unanimidad de juzgados y tribunales ni la lectura del notario puede eximir a la entidad bancaria de su obligación de informar al consumidor de las condiciones del préstamo, ni puede admitirse que con la lectura momentos antes de la firma, el consumidor pueda hacerse una representación real de las consecuencias económicas de un contrato como el que nos ocupa. En esta línea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado reiteradamente que “tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de la información de las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas en de antemano por el profesional (véase las sentencias RWE Vertrieb: C-2013,180 apartado 44 y, Kasler de 30 de abril de 2014 (TJCE· 2014,105), C-26/13).

El deber de transparencia debe cumplirse en el propio curso de la negociación previa y de la oferta que se realice porque es lo que garantiza que el cliente pueda reflexionar y adoptar una decisión libre en tanto que fundamentada en los pros y contras que se derivan del juego de las diferentes cláusulas del contrato. Si la explicación se produce a posteriori, cuando el cliente ya ha aceptado el conjunto de derechos y deberes que dimanen del contrato, podremos hablar de una decisión resignada, pero no de una decisión informada”.

CUARTO.- En cuanto a los efectos que el acuerdo de novación suscrito ente las partes el día 19 de julio de 2013, por el que se sustituye la cláusula de limitación del tipo de interés del 3,75% por un interés fijo del 3 %, son varias ya las sentencias de la Audiencia Provincial Salamanca que impiden apreciar el efecto confirmatorio de este tipo de acuerdos. Entre las más recientes podemos citar la sentencia núm. 393/2017 de 11 de septiembre, que afirma que “Expuesto lo señalado en el fundamento anterior, se trata de determinar la validez

de la novación de la cláusula suelo efectuado por contrato de 25 de septiembre de 2013 y en virtud del cual la misma pasó del 3.75% como interés mínimo al 2.25%.

En este caso es evidente que los demandantes eran conocedores de la existencia de la cláusula suelo y fueron conscientes de las consecuencias económicas de ella, por lo que en este supuesto si se supera el doble control de transparencia exigido en la normativa.

No obstante el problema en este se centra no en determinar si en el momento de la novación los prestatarios son plenamente conscientes de los efectos de la cláusula suelo, sino si es posible la novación de una cláusula que es nula.

Sobre este extremo se han pronunciado diversas audiencias, así por ejemplo la sentencia d la Audiencia Provincial de Zaragoza de catorce de diciembre de dos mil dieciséis señala que:

En este sentido el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha declarado respecto a la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que infrinjan la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores aunque no hayan sido aplicadas que:

La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3 , apartado 1, de la propia Directiva 93/13- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión .

Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo -añadimos radicalmente nulo- ningún efecto produce - quod nullum est nullum producir efectuó -. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual. De otra parte, la libertad contractual en la que se justifica su validez parte precisamente, no de un ámbito ilimitado contractualmente de la misma, sino, precisamente, de la validez de la cláusula que es nula y la percepción del carácter más favorable para el consumidor de la que se sustituye, cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente

negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. Incluso desde la propia eficacia del negocio jurídico, la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno -en este sentido, pueden citarse la sentencia de la AP de Ciudad Real (Sección Primera) de 5 marzo de 2014 y la de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Burgos de fecha 12 de septiembre y 17 de octubre de 2013-. Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación ex novo a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto.

En definitiva, no puede ser admitida la renuncia a la aplicación de la cláusula tachada de nula o la novación de la misma por otra más favorable al consumidor como causa de enervación de la apariencia de buen derecho.

En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha de 10 de enero de 2017Entiende el Banco demandado que el filtro o control de transparencia o de comprensividad real de la cláusula, queda evidenciado por la existencia entre las partes una novación por las que se estableció un tipo de interés fijo de 3% hasta el vencimiento del préstamo, novación que se formalizó en un documento privado que no ha sido impugnado de contrario (doc. 1 Contestación). No comparte la Sala la interpretación que el banco demandado hace del dicho pacto privado de novación. Carece tal pacto de la validez y el valor jurídico que interesadamente le confiere ya que su formalización, a iniciativa del propio banco, no tuvo otra causa y justificación que la propia existencia de la cláusula cuya nulidad aquí ha sido apreciada por falta de transparencia y efusividad. Esta cláusula y la obligación que comportaba insertas en el escritura pública de préstamo hipotecario, no quedó anulada, ni tampoco convalidada o subsanada por virtud dicho pacto privado ya que este se limitó a modificar a la baja en medio punto (0,50%) el tipo de interés mínimo (suelo) inicialmente fijado por la citada cláusula, rebaja que fue aceptada por los consumidores prestatarios con el fin lógico y humanamente comprensible, de atenuar en lo posible la carga o gravamen que comportaba la estricta aplicación de la cláusula suelo por parte del Bando demandado. Se trata

en suma de un pacto secundario condicionado y derivado de la propia cláusula suelo que subsistía en el préstamo aunque rebajada en medio punto. Como bien recuerda la Sentencia dictada por la AP Asturias de fecha de 17 de marzo de 2016 al tratar un supuesto similar, de novación en documento privado del tipo mínimo (suelo), nuestra Jurisprudencia desde la STS de 10 de noviembre de 1964 admite que es posible la propagación de la ineficacia contractual a otros actos que guarden relación con el negocio declarado inválido. Doctrina que se mantiene en la actualidad y así cabría citar la sentencia de dicho tribunal de 17 de junio de 2010 cuando señala que si los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, de tal modo que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es la consecuencia suya...

En el presente caso es de aplicación la doctrina expuesta en las sentencias anteriores ya que no se puede considerar que la negociación respecto a la cláusula suelo existente haya sido una negociación libre y viene claramente afectada por la existencia de la cláusula en el contrato de préstamo hipotecario inicial, por lo que parece evidente que la intención de la prestataria era reducir los efectos perniciosos de una cláusula que no debería haber existido por lo que no es posible la convalidación de la misma”..

QUINTO.-Declarada la nulidad de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés contenida en la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes deberá examinarse a continuación los efectos restitutorios que deben derivarse de dicha declaración.

El artículo 1.303 de nuestro Código Civil se refiere a dichos efectos al señalar que “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, ha venido a reconocer los efectos retroactivos de la declaración de nulidad obligando a nuestro Tribunal Supremo a modificar el criterio jurisprudencial que venía manteniendo a partir de la citada sentencia de 9 de mayo de 2013. La Sentencia del TJUE considera que la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya

celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de este tipo, el derecho de obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo anterior al 9 de mayo de 2013, añadiendo que “b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo, y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficiente para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13CEE”.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 ha venido a declarar de forma tajante el necesario efecto retroactivo de la declaración que considera imprescindible a los efectos de garantizar una protección adecuada y suficiente al consumidor. Las circunstancias expuestas determinan que se condene a la entidad demanda a restituir a la actora las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula suelo declarada nula desde el día 13 de marzo de 2009 en que tuvo lugar la celebración del contrato.

SEXTO.- En relación a los intereses las cantidades indicadas se verán incrementadas en el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda.

SEPTIMO.- Con relación a las costas, la estimación de la demanda determina su imposición a la parte demandada por aplicación del principio de vencimiento establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Que **estimando** la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. LAURA URIARTE NIETO en nombre y representación de D [REDACTED] [REDACTED] contra CAJA BADAJOZ (IBERBANCO S.A) representada por el Procurador de

los Tribunales D. MIGUEL ANGEL GOMEZ CASTAÑO, debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés contenida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria el día 13 de marzo de 2009, condenando a la demandada a eliminarla del contrato, a recalcular el cuadro de amortización del préstamo y a restituir a la actora las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula declarada nula (4.685,06 euros a fecha de la interposición de la demanda) desde el día 13 de marzo de 2009, en que se celebró el mismo hasta su efectiva eliminación, incrementándose las cantidades indicadas en el interés legal desde la fecha de la presentación de la demandada, todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que frente a la misma pueden interponer ante este juzgado RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación conforme a lo dispuesto en el artículo 455 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento Civil, para ante la ilustrísima Audiencia Provincial de Salamanca.

Así, por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA