

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
MURCIA**

SENTENCIA: [REDACTED]

Modelo: N10250
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, N° 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 Fax: 968 229278
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGG

[REDACTED]
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) [REDACTED]
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11 (BIS) de MURCIA
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Recurrente: BANKIA
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: ROCIO BERNAL BARNUEVO
Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

ILMOS. SRES.

Don Carlos Moreno Millán

PRESIDENTE

Don Juan Martínez Pérez

Doña Teresa Rizo Jiménez

MAGISTRADOS

SENTENCIA N° [REDACTED]

En la ciudad de Murcia, a veintisiete de mayo de dos mil veintiuno.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, integrada por los Ilmos. Sres. expresados en el encabezamiento, ha visto en grado de apelación los autos de

Juicio Ordinario nº [REDACTED] Rollo nº [REDACTED] que, en primera instancia, se han seguido en el **Juzgado de Primera Instancia nº. 11 bis de Murcia** entre las partes: como parte demandante, [REDACTED] representado/a en este Rollo por el/la Procurador/a de los Tribunales D./D^a. Rocío Bernal Barnuevo y asistido/a por el/la Letrado/a D./D^a Bartolomé Giménez Ibarra y como parte demandada, la mercantil BANKIA, S.A., representado/a en este Rollo por el/la Procurador/a de los Tribunales [REDACTED] y asistido/a por el/la Letrado/a [REDACTED]

En esta alzada actúa como apelante el demandante y como apelada la demandada; siendo Ponente la Iltma. Sra. Doña Teresa Rizo Jiménez, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por el Juzgado de Primera Instancia número 11 bis de Murcia, en los referidos autos se dictó Sentencia de fecha dieciséis de diciembre de dos mil diecinueve cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que estimando íntegramente la demanda formulada por la procuradora Doña Rocío Bernal Barnuevo en nombre y representación de Don Francisco Daniel Pérez Vielsas frente a Bankia SA:

1.-Se declara la nulidad de pleno derecho por abusiva de la cláusula suelo inserta en la estipulación tercera bis de la escritura de fecha 18 de julio de 2012, retrotrayéndose los efectos de esta declaración de nulidad ex tunc, eliminando tal cláusula y manteniendo la vigencia del contrato sin la aplicación de tal cláusula.

2.-Se condena a devolver a la parte actora de las cantidades indebidamente percibidas desde la aplicación de la

cláusula suelo hasta la fecha de su efectiva eliminación e inaplicación, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia conforme a las bases indicadas en el fundamento de derecho tercero de esta resolución, en caso de que no procediese al cumplimiento voluntario de la presente resolución, con los intereses legales correspondientes desde las fechas de los respectivos abonos hasta su completa satisfacción

.3.-Se imponen a la parte demandada las costas causadas en esta instancia"-

Segundo: *Contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que: "se dicte sentencia por la que se revoque la sentencia de instancia y se dicte otra en la que se desestime la demanda absolviendo a la demandada de todos los pedimentos deducidos en su contra, con imposición de costas procesales".*

Admitido a trámite por diligencia de ordenación, se dio traslado a la demandada, emplazándola por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable. La actora presentó escrito de oposición al recurso de apelación.

Previo emplazamiento de las partes para comparecer ante esta Audiencia Provincial, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación que ha quedado visto para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día veintiséis de mayo de dos mil veintiuno su votación y fallo.

Tercero: En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de instancia estima la acción de nulidad de la cláusula de limitación de variabilidad del tipo de interés (cláusula suelo) contenida en la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes en fecha 18 de julio de 2012 condenando a la demandada a la restitución de las cantidades cobradas al amparo de dicha cláusula, con sus intereses, con imposición de costas procesales a la parte demandada.

Frente a dichos pronunciamientos, la parte demandada-recurrente sostiene que las partes suscribieron un acuerdo de naturaleza transaccional en fecha 25 de septiembre de 2015 en virtud del cual la parte prestataria renunció al ejercicio de acciones relativas a la cláusula suelo, la cual quedó eliminada desde dicho acuerdo. Subsidiariamente, entiende que la cláusula fue objeto de negociación individualizada habiéndose consentido y ratificado su aplicación cuando se adoptó dicho acuerdo privado y que, en todo caso, es transparente al resultar gramaticalmente comprensible y perfectamente perceptible por afectar a un elemento esencial del contrato, además de haber sido objeto de lectura por el Notario antes de la firma de la Escritura.

En segundo lugar, invoca la doctrina de los actos propios y el retraso desleal en el ejercicio del derecho.

Finalmente, en cuanto a las costas procesales, interesa la revocación de su condena al concurrir serias dudas de hecho y de derecho que lo justifican.

La parte actora-recurrida niega el carácter transaccional del acuerdo privado, el cual no contiene renuncia alguna al ejercicio de acciones. Asimismo, niega la negociación individual de la cláusula así como la superación del control de transparencia.

Segundo.- La cuestión referida a las renunciaciones relacionadas con la cláusula suelo ha sido objeto de interpretación por la STJUE de 9 de julio de 2020, la cual viene a complementar lo resuelto por el Tribunal Supremo en su S. de 11 de abril de 2018.

En concreto, el TJUE entiende que:

-El consumidor puede renunciar a hacer valer sus derechos y, en concreto, puede renunciar a los efectos (restitutorios) de la nulidad de una cláusula *"siempre y cuando la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado"*. Eso sí, no será válida la renuncia en lo referente a controversias futuras, esto es, a cláusulas que todavía no han operado.

-Dicho consentimiento libre e informado depende de que *"el consumidor sea consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba"*.

-En todo caso, la cláusula de renuncia a acciones no cabe ser considerada, automáticamente, como negociada individualmente por lo que, salvo que se acredite la expresa negociación (posibilidad de influencia del consumidor), está sujeta a control de contenido.

Al respecto, el TJUE apunta, como parámetros indicativos de que no existe una negociación individual, el hecho de que

el nuevo pacto se enmarque dentro de la política general de renegociación de este tipo de contratos, así como el hecho de que no se facilite previa copia del contrato antes de firmarlo.

-Finalmente, al igual que resolvió el Tribunal Supremo en la S. reseñada, el TJUE confirma que la cláusula de renuncia a acciones se encuentra sujeta a control de transparencia. Así, debe estar redactada *"de manera clara y comprensible"* y su suscripción debe ir precedida de la correspondiente información por parte de la entidad bancaria de manera que el consumidor haya estado en condiciones de conocer las consecuencias jurídicas y económicas de su aceptación.

Pues bien, esta Sección ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la eficacia del documento que nos ocupa en muchas otras sentencias anteriores, como la 448/2018, la 308/2020 de 2 de abril o la 451/2020 de 21 de mayo. En las mismas, se resuelve que: *"Entendemos, como seguidamente se argumentará, que dicho pacto no resulta exponente de una transacción extrajudicial en orden a la eliminación de la cláusula suelo -techo pactada en la correspondiente escritura de préstamo hipotecario con expresa renuncia por el prestatario a las acciones ejercitadas en este procedimiento, así como a la reclamación de cualquier cantidad abonada en virtud de la cláusula referida. Tampoco cabe afirmar que los actores al rubricar el citado documento tuvieran pleno conocimiento de las condiciones financieras del préstamo hipotecario y de los tipos mínimos y máximos aplicables, ni que al aceptar la eliminación de dicha cláusula y acordar la fijación del tipo de interés que se detalla, ese acuerdo hubiese adquirido naturaleza transaccional."*

Además esa pretendida validez de tal pacto, como determinante de un acuerdo transaccional, no se corresponde

con los hechos y argumentos jurídicos expuestos por el Tribunal Supremo en la sentencia de Pleno de su Sala Civil de 11 abril 2018 acerca de la eficacia jurídica de tales pactos o acuerdos extrajudiciales convenidos en el marco de la cláusula suelo.

Entendemos en consecuencia que en este caso el documento suscrito no reúne los presupuestos jurídicos necesarios para atribuirle la naturaleza de acuerdo transaccional. De un lado porque el contenido real u obligacional convenido entre las partes pone de manifiesto que la intención de las mismas era la suscripción de un contrato o acuerdo novatorio en virtud del cual se altera la cláusula suelo y techo modificando el tipo de interés mínimo y máximo inicialmente pactados que son suprimidos, estableciéndose entonces unas nuevas condiciones financieras .

Por tanto resulta clara la voluntad de novar de la entidad bancaria predisponente tanto porque califica dicho documento como contrato de "modificación de condiciones financieras del préstamo" como porque el contenido y la finalidad del documento no permiten afirmar la "existencia de una situación litigiosa o controversia" que pretenda sustituirse por otra cierta para evitar un pleito entre las partes como exigen las STS de 3 febrero 1998 y 16 febrero 2010 . Y además porque dicho documento no contiene cláusula alguna de renuncia de acciones por el prestatario.

Entendemos en consecuencia que no procede la calificación transaccional de dicho documento, sino por el contrario su calificación como acuerdo o contrato novatorio de las condiciones financieras del préstamo hipotecario en su día suscrito".

En definitiva, partiendo de la base de que las renunciaciones deben ser objeto de interpretación restrictiva además de estar

sujetas a control de transparencia, en el presente caso no existe alusión expresa, clara ni terminante a que se renuncie al ejercicio de acciones. La mención, contenida en el documento, relativa a que la cláusula *"fue aceptada por el prestatario con el pleno conocimiento de su existencia y que recibió toda la información previa necesaria para adoptar la decisión de contratar el referido préstamo con la misma"* ni mucho menos cabe ser interpretada como tal renuncia de acciones que se configure como concesión frente a la que efectúa la parte prestamista al eliminar la cláusula suelo.

El acuerdo, por tanto, es válido pero dicha validez se circunscribe al objeto sobre el que realmente versa, de carácter y finalidad novatorios, fijando los efectos de la eliminación de la cláusula suelo-techo mediante el establecimiento de un tipo fijo de carácter temporal al 2,91% (desde septiembre de 2015 a agosto de 2016) y, posteriormente, el variable inicialmente pactado (Euribor más 2,75 puntos) sin suelo ni techo.

En esos términos es válido y eficaz el acuerdo, pero no contiene renuncia alguna al ejercicio de acciones sobre la cláusula que, hasta la fecha del acuerdo, ya había operado y producido sus efectos.

Tercero.- Desestimado este primer motivo, mantiene la parte recurrente que, en todo caso, la cláusula suelo fue objeto de negociación individualizada por lo que está excluida de control de contenido.

Pues bien, como ha resuelto de forma reiterada el Tribunal Supremo (a título de ejemplo, STS de 29 de noviembre de 2017) una cláusula es predispuesta y no negociada cuando el consumidor no puede influir en su supresión ni en su contenido

de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a suscribir ese contrato. Por tanto, no habrá negociación si el cliente firma lo pre-redactado por el banco de manera unilateral sin que pueda equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas sometidas, todas ellas, a condiciones generales de contratación, ni menos aún con la posibilidad de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios en las que éstos predisponen sus condiciones.

Y la carga de la prueba de que hubo negociación es del banco.

Así las cosas, no ofrece la parte demandada-recurrente ningún dato del que quepa inferir que la cláusula suelo que nos ocupa fuera objeto de negociación individualizada. No se entiende que el hecho de que, en virtud del referido acuerdo de septiembre de 2015 se eliminara expresamente la cláusula, pueda ser un argumento para considerar que tres años antes, cuando se incorporó la misma en la escritura de 18 de julio de 2012, la cláusula hubiera sido negociada individualmente en el sentido de que la parte prestataria hubiera tenido si quiera la posibilidad de influir en su incorporación, o no, o en sus condiciones o tipo.

Tampoco se alcanza la comprensión de que, por el hecho de haber sido objeto de eliminación ello suponga que el prestatario ratificó su aceptación a que la misma hubiera estado operando hasta entonces, confirmando así que fue negociada en su momento.

Y es que la efectividad de la cláusula suelo durante tres años, desde su incorporación en 2012 hasta su expresa eliminación en 2015, no puede suponer, desde el punto de vista del prestatario, más que resignación a la aplicación de esta condición general de la contratación, pero de ningún modo es

un dato que conduzca a estimar que, en julio de 2012, se negociara individualmente la misma.

Y, finalmente, las alegaciones genéricas de que siempre existe "margen de negociación" en las condiciones del préstamo, tampoco ofrece nada en el caso que nos ocupa.

Se encuentra esta cláusula, por tanto, sujeta a control de transparencia material. Y dicho control, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que tantas veces ha sido declarada en anteriores sentencias, tomando como punto de partida las SSTS de 29 de enero de 2018 (reiterada en la de 23 de marzo) y 5 de abril y 22 de mayo de 2018, tiene como finalidad el de comprobar: primero, que se haya otorgado a la cláusula el tratamiento propio de un elemento esencial, esto es, que no esté oculta o enmascarada entre otras condiciones financieras y no resulte sorpresiva; y, segundo, que el banco hubiera ofrecido al prestatario una información precontractual suficiente ya no solo de la existencia de la cláusula sino también de su funcionamiento y de las consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite. Y, a estos efectos, no es suficiente ni con que la cláusula ya estuviera contenida en los documentos precontractuales (solicitud y/o oferta vinculante) ni con que el Notario lo hubiera advertido en el momento de otorgamiento de la Escritura. Ni siquiera es suficiente la circunstancia de que el adherente hubiera tenido a su disposición la minuta o borrador de la Escritura días antes de su firma. Estas circunstancias, por sí solas, no colman el deber de transparencia siendo preciso, en todo caso, que la información sea precontractual (SSTS de 16 y 24 de noviembre de 2017).

Y es que, en definitiva, la cláusula suelo provoca una alteración subrepticia del precio del crédito constituido por

el tipo de referencia variable más el diferencial pactados por lo que el banco, antes de contratar, debe informar de cómo la cláusula en cuestión va a afectar al precio del contrato debiendo situar al consumidor *"en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula suelo, en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés."* (STJUE de 9 de julio de 2020).

Entendemos, a tenor de lo expuesto, que en este caso ninguna prueba se ha aportado por la entidad recurrente que permita fundamentar de forma clara y precisa que la parte demandante hubiera recibido puntual información sobre el funcionamiento de la cláusula y que por tanto estuviese debidamente informada y en condiciones de advertir y percatarse de la carga jurídica y económica que implicaba esta cláusula.

De nuevo, cabe hacer referencia a la ya transcrita expresión, contenida en el acuerdo, de que la cláusula *"fue aceptada por el prestatario con el pleno conocimiento de su existencia y que recibió toda la información previa necesaria para adoptar la decisión de contratar el referido préstamo con la misma"*.

Al respecto cabe decir que la prueba que corresponde a la parte demandada sobre el despliegue de la obligación informativa que le atañía en el momento de la suscripción de la operación inicial no puede ser suplida con dicha mención tipo o de estilo pues no es ésta la manera de probar que, con carácter precontractual, se ofreció a la parte prestataria toda la información que, según la doctrina jurisprudencial

anteriormente expuesta, debió ponerse a disposición de la misma sobre el funcionamiento y consecuencias de la cláusula.

En definitiva, esta suerte de "reconocimiento" a posteriori en un documento predispuesto por el Banco tendente a eliminar la cláusula suelo (además de otras modificaciones sobre las condiciones del préstamo) no es idónea para probar que, en su momento, se dio cumplimiento a las obligaciones informativas de necesario despliegue para considerar cumplido el requisito de transparencia, sin perjuicio de que sea válido, como se ha expuesto, en cuanto a los pactos novatorios sobre el interés remuneratorio que contiene.

Lo que es más, tratándose de un documento preredactado por el banco, dicha mención, en aplicación de lo dispuesto en el art. 89.1 del Texto Refundido de Consumidores y Usuarios sería nula, por abusiva, en tanto supone el reconocimiento o conformidad sobre "hechos ficticios".

Por todo lo expuesto, la cláusula no supera el control de transparencia lo que, a su vez, determina su nulidad por carácter abusivo, al resultar contraria a la buena fe y, esencialmente, por generar en perjuicio de los consumidores un importante y relevante desequilibrio de los derechos y obligaciones asumidos contractualmente.

Y la consecuencia de dicha declaración de nulidad es la restitución de las cantidades percibidas por aplicación de la misma, más sus intereses legales conforme al art. 1303 del C.c. desde que empezó a aplicarse la cláusula hasta el 25 de septiembre 2015, en que se eliminó.

Cuarto.- Por lo que se refiere a la doctrina de los actos propios y retraso desleal, ya esta Sección ha puesto de

manifiesto en numerosas ocasiones la improcedencia de su aplicación en este tipo de supuestos. En las SS. 1072/2020, 1090/2020 y 1092/2020 de 10 de diciembre se trae a colación lo resuelto en la STS núm. 243/2019, de 24 de abril que indica que: *"La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán (sentencia de 16 de diciembre de 1991). Para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibile es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 CC) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular, se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica (sentencias 352/2010, de 7 de junio, 299/2012, de 15 de junio, 163/2015, de 1 de abril, y 148/2017, de 2 de marzo)". En el presente caso no cabe apreciar la doctrina del retraso desleal, pues no concurren hechos o actos por parte del actor que generan en la demandada la confianza que no ejercitaría acción alguna derivada de la cláusula suelo, por lo que tampoco es de aplicación la doctrina de los actos propios".*

Y es que, en realidad, el carácter abusivo de las cláusulas examinadas determina su nulidad radical, no convalidable por el paso el tiempo, habiendo sido la entidad prestamista la que, en abuso de su posición dominante, predispuso e impuso la inclusión de estas cláusulas en el

contrato habiendo sido la más o menos reciente interpretación jurisprudencial de la normativa aplicable (Directiva del año 1993 y normativa española de trasposición) por parte del TJUE y del Tribunal Supremo español la que ha venido a aclarar, definitivamente, las condiciones y requisitos que conducen a la estimación de la nulidad de este tipo de cláusulas, así como sus consecuencias.

Quinto.- En cuanto a las costas procesales de la primera instancia, no se aprecian serias dudas de hecho ni de derecho que justifiquen la enervación de la aplicación del principio del vencimiento sin que, según se ha expuesto, la mención contenida en el acuerdo privado de modificación de condiciones pueda ser interpretada como una renuncia al ejercicio de acciones, ni pueda presumirse, de forma genérica, una negociación individualizada de la cláusula suelo y sin que, desde la STS de 9 de mayo de 2013, sea dudoso que la cláusula suelo, para su validez, deba superar el control cualificado de transparencia.

Sexto.- La desestimación del recurso de apelación determina, por aplicación del art. 398 de la LEC, la condena en costas procesales de la apelación a la parte recurrente.

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

F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador [REDACTED] en nombre y representación de BANKIA S.A. frente a [REDACTED] [REDACTED] representado por la Procuradora Doña Rocío Bernal Barnuevo, contra la sentencia de dieciséis de diciembre de dos mil diecinueve dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº. 11 bis de Murcia, en los autos de Juicio Ordinario número [REDACTED], debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, con imposición de costas procesales del presente recurso a la parte recurrente.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que esta resolución es firme al no cáber recurso ordinario alguno contra ella, y ello sin perjuicio de que si la parte justifica y acredita la existencia de interés casacional contra dicha sentencia podría interponerse recurso de casación en los términos del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Murcia, previo depósito de la cantidad de 50 €, en el plazo de veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, debiendo acreditar el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1, 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009 y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se



servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

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