

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE - SECCIÓN OCTAVA -
TRIBUNAL DE MARCAS DE LA UNION EUROPEA**

Apelante/s: BANCO SABADELL S.A.
Procurador/es: MARIA DEL CARMEN VIDAL MAESTRE
Letrado/s:

Apelado/s: y;
Procurador/es: FRANCISCA CABALLERO CABALLERO
Letrado/s: CAROLINA FLOREZ DE QUIÑONES SANTIAGO

ROLLO DE SALA Nº 987-CL878/20

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 7775/18

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA ALICANTE-5.BIS

SENTENCIA NÚM. 250/21

Ilmos.:

Presidente: Don Enrique García-Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a cinco de marzo de dos mil veintiuno.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, actuando como Sección especializada en los asuntos de lo mercantil, ha visto los autos de Juicio Ordinario número 7775/18, sobre condiciones generales de la contratación, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia Núm. 5.BIS de Alicante, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso de apelación entablado por la parte demandada, BANCO DE SABADELL, S.A., representada por la Procuradora Doña María del Carmen Vidal Maestre, con la dirección del Letrado Don y; como apelada, la parte actora, Doña representada por la Procuradora Doña Francisca Caballero Caballero, con la dirección de la Letrada Doña Carolina Flórez de Quiñones Santiago.

I - ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.- En los autos de Juicio Ordinario número 7775/18 del Juzgado de Primera Instancia Núm. 5.BIS de Alicante se dictó Sentencia de fecha veintinueve de junio de dos mil veinte, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "*Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO de modo sustancial la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sra. Caballero Caballero en nombre de D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED] frente a BANCO SABADELL S.A; y en consecuencia:*

1.- *DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de Vencimiento anticipado (resolución del contrato para caso de un solo impago de cuota de amortización por el prestatario) de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 21/8/2001 y 13/9/2007, y consiguientemente su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO.*

2. *DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de Comisión por Reclamación de posiciones deudoras (15, 25 y 35 euros, respectivamente, por recibo impagado a su vencimiento) de las escritura de préstamo hipotecario de 21/8/2001, 13/9/2007 y 1/8/2012, y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO.*

3. *DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de limitación a la variación del tipo de interés en lo relativo a la fijación de un límite mínimo de interés aplicable del 3,50 %, 4,25 % y 4,50 %, respectivamente, - cláusula suelo- de las escrituras de préstamo hipotecario de fecha 21/8/2001, 13/9/2007 y 1/8/2012 , y consiguientemente su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO,. Y CONDENO A LA DEMANDADA a la eliminación de la precitada cláusula y a la devolución de las cantidades que hubieren sido cobradas en aplicación de la referida cláusula suelo en el préstamo hipotecario, resultando su cuantía de la suma de la diferencia existente entre los intereses abonados en aplicación de dicha cláusula suelo y los que resulten de suprimir*

la mencionada cláusula, aplicando el tipo de referencia más el diferencial previsto en el contrato de préstamo hipotecario suscrito, y cuya determinación efectiva deberá producirse en ejecución de sentencia. La cantidad fijada devengará intereses legales desde la fecha de cada cobro, y en su caso los previstos en el art. 576 LEC.

4. Se mantiene la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución.

5. Se impone el abono de las costas procesales devengadas a la parte demandada”.

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y, tras tenerlo por interpuesto, se dio traslado a la parte adversa, la cual presentó su escrito de oposición.

Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal donde fue formado el Rollo número 987-CL878/20, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día cuatro de marzo, en el que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Enrique García-Chamón Cervera.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandada, en esencia, impugna la declaración de nulidad de tres acuerdos privados de novación de sendos préstamos hipotecarios suscritos entre las partes el día 30 de marzo de 2016 al considerar que aquellos acuerdos tienen naturaleza transaccional tras sustituir un tipo de

interés variable referenciado al Euribor más un diferencial (1,25 puntos respecto del préstamo celebrado el día 21 de agosto de 2001 y novado los días 11 de junio de 2004 y 17 de mayo de 2005; 1,50 puntos respecto del préstamo celebrado el día 13 de septiembre de 2007 y; 3,50 puntos respecto del préstamo celebrado el día 1 de agosto de 2012) y eliminar la cláusula suelo (del 3,50 % respecto del préstamo suscrito el día 21 de agosto de 2001, a partir de la novación que tuvo lugar el día 11 de junio de 2004; del 4,25% respecto del préstamo suscrito el día 13 de septiembre de 2007 y; del 3,50 % respecto del préstamo celebrado el día 1 de agosto de 2012) por un tipo nominal anual fijo del 2,60% y al establecer en todos esos acuerdos la renuncia al ejercicio de acciones por la parte prestataria.

SEGUNDO.- El recurso de apelación no impugna la nulidad por abusiva de las cláusulas suelo insertas en las respectivas escrituras de préstamo hipotecario indicadas anteriormente, a las que sería aplicable para su fundamentación, entre otras, la STS de 9 de mayo de 2013.

Realmente, considera la apelante que la naturaleza transaccional de los acuerdos novatorios posteriores suscritos el 30 de marzo de 2016 impiden a la parte prestataria el ejercicio de cualquier acción relacionada con la limitación del tipo de interés variable aplicable al préstamo.

En síntesis, el acuerdo privado de novación contiene los siguientes pactos: i) sustitución del tipo de interés inicial variable referenciado al Euribor más un diferencial por un tipo nominal anual fijo del 2,60%; ii) quedan sin efecto las cláusulas suelo; iii) la parte prestataria renuncia a cualquier reclamación futura sobre la cláusula suelo o, en su caso, a desistir de cualquier reclamación iniciada con anterioridad; iv) la parte prestataria manifiesta conocer los efectos de la aplicación de un tipo de interés fijo durante el resto de la vigencia del préstamo.

Planteada así la controversia en esta alzada, hemos de señalar que la reciente STJUE de 9 de julio de 2020 (asunto C-452/18) establece unas exigencias distintas para la eficacia de una transacción de las requeridas en la STS de 11 de abril y 13 de septiembre de 2018 en las que se apoya el recurso de apelación, al concluir:

"El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5

de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional.

[...]

El artículo 3, apartado 1, considerado en relación con el punto 1, letra q), del anexo, y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que:

- la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada como «abusiva» cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula;

- la cláusula mediante la que el mismo consumidor renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor."

El apartado 29 de la citada STJUE indica que la eficacia de la renuncia de un consumidor a hacer valer la nulidad de una cláusula abusiva únicamente puede ser tomada en consideración si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba. Solo en este supuesto cabe considerar que la adhesión del consumidor a la novación de tal cláusula procede de un consentimiento libre e informado.

Son hechos debidamente probados, que han de ser tomados en consideración para el juicio sobre la transparencia de la cláusula de renuncia, en el caso concreto que nos ocupa, los siguientes:

i) No consta que la entidad bancaria facilitara ningún tipo de información

a la parte prestataria, ni aparece en el documento, la más mínima insinuación o referencia a ello, sobre el posible carácter abusivo de la cláusula suelo originaria.

El citado documento, en que se insertó la renuncia, parte, por tanto, de la validez de la cláusula suelo originaria y, reiteramos, no revela siquiera el más mínimo conflicto entre las partes sobre ese extremo.

Por tanto, la parte prestataria no era consciente del posible carácter no vinculante de la cláusula suelo (apartado 29 STJUE de 9 de julio 2020), lo que por sí solo revela la inexistencia de un consentimiento libre e informado a la renuncia.

ii) La entidad bancaria no facilitó a la parte prestataria, ni previa ni simultáneamente a la firma del documento, ninguna información sobre la repercusión económica que la renuncia producía. Es decir, en términos de la STJUE, no consta que pusiera a su disposición "*todos los datos necesarios*" (apartado 55) para que el consumidor pudiera calcular la cantidad a la que renunciaba.

Debido a ese déficit de información, se impidió a la parte prestataria comprender las consecuencias jurídicas de la renuncia.

La entidad demandada, por su condición de profesional, se encontraba en una mejor posición para proporcionar información sobre el tiempo que se venía aplicando la cláusula suelo y, principalmente, sobre las cantidades que la parte prestataria había abonado en su virtud (cantidades que, en un futuro litigio, posiblemente tendría posibilidad de recuperar). La entidad bancaria es "*la que reúne los conocimientos técnicos y la información necesarios a este respecto*"; por tanto, debería, proactivamente, haber facilitado a la parte prestataria dicha información, a fin de que ésta pudiera haber valorado cabalmente la decisión de renunciar al ejercicio de acciones de reclamación de cantidad a consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo.

Téngase en cuenta, además, la dificultad y complejidad que presenta la determinación de las cantidades indebidamente abonadas en virtud de la aplicación de las cláusulas suelo (lo que se pone continuamente de manifiesto a este Tribunal en este tipo de procedimientos), lo que, obviamente, no podía pasar desapercibido para la entidad demandada en el momento en que se firmó la transacción.

Qué duda cabe que esa información hubiera situado cabalmente a la prestataria en las consecuencias económicas que la renuncia iba a producir.

En definitiva, al no constar un consentimiento informado del prestatario en el momento de la renuncia y al no haber podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas y económicas que se derivaban para él de la renuncia, hemos de confirmar el carácter abusivo de los pactos novatorios de fecha 30 de marzo de 2016, de igual modo que se acordó en la reciente STS número 63/21, de 9 de febrero de 2021:

"18.- La consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, al no haber podido conocer el consumidor sus consecuencias jurídicas y económicas, consecuencias que no se advierten beneficiosas para el consumidor, es su consideración como abusiva, lo que lleva, por tanto, a que declaremos su nulidad de pleno derecho (arts. 83 TRLGDCU, 8.2 LCGC y 6.1 de la Directiva 93/13).

Así resulta de la aplicación de la doctrina establecida en la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, en la que se concluyó que "la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada como "abusiva" cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula".

En consecuencia, se desestima el recurso de apelación de la entidad demandada.

TERCERO.- Procede imponer a la entidad apelante las costas causadas en esta alzada de conformidad con el criterio objetivo del vencimiento reconocido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el artículo 398.1 del mismo texto legal, sin que pueda apreciarse la excepción de la concurrencia de serias dudas de Derecho por las razones expuestas en la STS de 6 de febrero de 2020:

"Decisión del tribunal: el pronunciamiento sobre costas en los litigios

sobre cláusulas abusivas en caso de estimación total de la demanda con apreciación de serias dudas de derecho y la efectividad del Derecho de la UE

1.- En las sentencias 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, de 17 de septiembre, ambas del pleno de la sala, hemos resuelto la cuestión planteada en este recurso.

2.- Declaramos en esas sentencias que, en los litigios sobre cláusulas abusivas, si en virtud de la excepción a la regla general del vencimiento por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, el consumidor, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a las entidades de crédito de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas. Concluimos en esa sentencia que la regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio."

CUARTO.- Se declara la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de apelación al haberse desestimado según establece la Disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Con desestimación del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5.BIS de Alicante de fecha veintinueve de junio de dos mil veinte, en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la mencionada resolución, con imposición a la apelante de las costas causadas en esta alzada y, con declaración de la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal 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 otra al Rollo de apelación.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación al poder presentar su resolución interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación.

De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Al tiempo de la interposición del recurso de casación y/o del extraordinario por infracción procesal deberá acreditarse la constitución del DEPÓSITO para recurrir por importe de 50 € por cada recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en BANCO SANTANDER en el caso de que legalmente proceda, sin cuya acreditación no se tendrá por interpuesto.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. "D. Enrique García-

Chamón Cervera, D. Luis Antonio Soler Pascual y D. Francisco José Soriano Guzmán; Firmado y Rubricado".

Y para que conste y sirva de notificación a las partes, se expide la presente, advirtiéndose a las mismas, que contra la precedente sentencia, procederá los recursos anteriormente indicados . De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal contra esta resolución, precisará que al interponerse el mismo se haya consignado un DEPOSITO por importe de 50 € por cada recurso, que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en Banco Santander nº Expediente 2276/0000/06/0987/20 en el caso de recurso de casación, y en el caso de recurso extraordinario por infracción procesal: nº Expediente 2276/0000/04/0987/20, indicando en el campo "Concepto" del documento Resguardo de Ingreso que es un "Recurso", sin cuya acreditación no será admitido (LO1/2009, de 3 de noviembre).

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

Conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, y demás legislación vigente en la materia, los datos contenidos en la presente resolución son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA