



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL  
Avda. Tres de Mayo nº3  
Santa Cruz de Tenerife  
Teléfono: 922 34 94 19-20  
Fax.: 922 34 94 18  
Email: s04audprov.tfe@justiciaencanarias.org  
Proc. origen: Procedimiento ordinario N° proc. origen:  
0001382/2018-00  
Juzgado de Primera Instancia N° 1 (Antiguo mixto N° 1)  
de San Cristóbal de La Laguna

Rollo: Recurso de apelación  
N° Rollo: 0001117/2019  
NIG: 3802342120180003861  
Resolución: Sentencia 000338/2021

## SENTENCIA

### SALA

**Ilma. Sra. magistrada D.ª Carmen Padilla Márquez (presidenta)**

**Ilma. Sra. magistrada D.ª Paloma Fernández Reguera**

**Ilmo. Sr. magistrado D. Juan Luis Lorenzo Bragado (ponente)**

En Santa Cruz de Tenerife, a veinte de abril de dos mil veintiuno.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de San Cristóbal de La Laguna en los autos núm. 1382/2018, seguidos por los trámites del juicio ordinario, sobre nulidad contractual y promovidos, como demandantes, por ██████████

██████████ representados por la Procuradora doña Sonia González González y dirigidos por la Letrada doña Carolina García Santos, contra la entidad CAIXABANK, S.A., representada por el Procurador don Antonio García Camí y dirigida por el Letrado don José Vicente Espinosa Bolaños, ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente el Magistrado don Juan Luis Lorenzo Bragado, con base en los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la resolución apelada.

**SEGUNDO.-** En los autos indicados la Magisjtrada-Juez, doña Judith Isabel Lorenzo Bastidas, dictó sentencia el día 26 de julio de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal

[WWW.CAROLINAGARCIAABOGADA.COM](http://WWW.CAROLINAGARCIAABOGADA.COM)



siguiente: «Que **ESTIMANDO** sustancialmente la demanda interpuesta por la parte actora [REDACTED], mediante su representación procesal en autos, contra la entidad demandada CAIXABANK, S.A., debo: 1.- **DECLARAR y DECLARO** la nulidad de pleno derecho de las cláusula predispuesta como condición general de la contratación, contenida en el contrato de préstamo hipotecario que une a las partes de fecha 14.11.02 y su novación privada de fecha 29.08.09, referida a: a) la cláusula de gastos (QUINTA); b) la cláusula suelo (TERCERA BIS), y c) la cláusula de comisión por modificación contractual; las cuales habrán de tenerse por no puestas, quedando eliminadas del contrato. 2.- **DECLARAR y DECLARO** la subsistencia del resto del contenido del mencionado contrato de préstamo hipotecario. 3.- **CONDENAR y CONDENO** a la entidad demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos. 4.- **CONDENAR y CONDENO** a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora el importe que resulte en ejecución de sentencia como indebidamente percibido por la entidad demandada desde la aplicación de la cláusula suelo, con las sencillas bases de tener en consideración el exceso que por intereses remuneratorios ha abonado el demandante, teniendo en cuenta lo que habría pagado por tal concepto si la cláusula suelo no se hubiere aplicado, con el obligatorio recálculo del cuadro de amortización dirigido a tal efecto (sin compensación alguna de capital, salvo acuerdo de las partes), más los intereses del importe indebido al tipo legal desde el cobro de cada cuota, incrementado en dos puntos desde el dictado de la sentencia. 5.- **CONDENAR y CONDENO** a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora en concepto de comisión por modificación contractual la cantidad de **QUINIENTOS SETENTA Y CINCO EUROS CON VEINTIÚN CÉNTIMOS (575,21.-€)**, más el interés legal del dinero desde el cobro indebido, incrementado en dos puntos a partir del dictado de esta sentencia. 6.- **CONDENAR y CONDENO** a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora en concepto de gastos notariales, registrales la cantidad de **SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS EUROS CON TREINTA Y CINCO CÉNTIMOS (652,35.-€)**, más el interés legal del dinero desde el cobro indebido, incrementado en dos puntos a partir del dictado de esta sentencia. 7.- Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada.».

**TERCERO.**- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

**CUARTO.**- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día 20 de abril del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

**QUINTO.**- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** El recurso de Caixabank, S.A. se dirige exclusivamente frente a la declaración de nulidad de la cláusulas tercera bis y quinta del contrato suscrito por las partes en fecha 14.11.2002. Se articula con arreglo a las siguientes alegaciones: 1) prescripción de las acciones resarcitorias de las cantidades abonadas en concepto de gastos; 2) infracción de los requisitos de la sentencia y existencia de negociación en lo que respecta a la cláusula suelo.

La parte actora se opone.

### **SEGUNDO. Sobre la prescripción de las acciones resarcitorias.**

Para resolver esta alegación ha de estarse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (UE) (Cuarta), S 16-07-2020, asuntos acumulados n.º C-224/19 y C-259/19:

80

*Mediante la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19, que procede examinar antes de la duodécima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una jurisprudencia nacional que prevé que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, aunque, en virtud de la legislación nacional, la acción para declarar la nulidad absoluta de una cláusula contractual abusiva sea imprescriptible.*

81

*A este respecto, debe recordarse que la protección que la Directiva otorga a los consumidores se opone a una normativa interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor (sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, EU:C:2002:705, apartado 38).*

82

*No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 68) y que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 41, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 69).*

83

*A este respecto, debe señalarse que, a falta de normativa específica de la Unión en la materia, las condiciones en las que se preste la protección de los consumidores prevista en el artículo 6, apartado 1, y en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 corresponden al*

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





*ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos. No obstante, estas condiciones no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, apartado 24 y jurisprudencia citada).*

84

*De lo anterior se sigue que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.*

85

*Por lo que se refiere, más concretamente, al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema judicial nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (sentencia de 26 de junio de 2019, Addiko Bank, C-407/18, EU:C:2019:537, apartado 48 y jurisprudencia citada).*

86

*En el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente indica que se plantea la eventual aplicación del plazo de prescripción de cinco años establecido en el artículo 1964, apartado 2, del Código Civil a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva de un contrato de préstamo hipotecario.*

87

*Dado que plazos de prescripción de tres años (sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 28) o de dos años (sentencia de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10, EU:C:2011:844, apartado 25) han sido considerados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conformes con el principio de efectividad, debe considerarse que un plazo de prescripción de cinco años aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva no parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los elementos mencionados en el anterior apartado 85, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13.*

88



*El órgano jurisdiccional remitente alberga también dudas, en esencia, acerca de si es compatible con el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica, una jurisprudencia nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva comienza a correr a partir de la celebración del contrato que contiene esta cláusula.*

89

*Del auto de remisión se desprende que este plazo, fijado en el artículo 1964, apartado 2, del Código Civil, parece empezar a correr a partir de la conclusión de un contrato de préstamo hipotecario que contiene una cláusula abusiva, extremo este cuya comprobación, no obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente.*

90

*A este respecto, procede tener en cuenta la circunstancia de que es posible que los consumidores ignoren que una cláusula incluida en un contrato de préstamo hipotecario sea abusiva o no perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, apartado 69).*

91

*Pues bien, la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato —con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula—, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.*

92

*Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución.*

*Pues bien, a tenor de lo anterior, manteniendo la efectiva imprescriptibilidad de la acción individual de declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, debe admitirse la posibilidad de que la acción de restitución, derivada de la aplicación de una cláusula nula, esté sometida a un plazo de prescripción, que en nuestro derecho sería el plazo genérico de las obligaciones personales del artículo 1.964 CC —Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación—*



(redacción actual). Ahora bien, atendiendo a los principios de protección que establece la directiva recogidos en la sentencia ya citada, el día inicial del plazo prescriptivo, es decir, el momento en el que puede exigirse la obligación de restituir, no puede estimarse sino en el momento en que se declara la nulidad de la cláusula, que es tanto el momento cuando subjetivamente se toma conciencia por el consumidor de la nulidad y sus efectos, como cuando objetivamente aparece el derecho a reclamar lo indebidamente abonado en aplicación de la cláusula nula. Tal es el criterio de esta Sección, expresado, entre otras, en la sentencia n.º 784/2020 de 29 de septiembre de 2020, rollo n.º 117/2019.

Procede, pues, rechazar este motivo.

### **TERCERO. Sobre la cláusula suelo y la novación de fecha 27 de agosto de 2009.**

#### **1) Primer submotivo. Infracción de los requisitos internos de la sentencia.**

La sentencia de instancia no infringe los preceptos que cita la recurrente (216, 217 y 218 LEC).

La sentencia, en contra de lo afirmado en el recurso, sí tiene en cuenta la existencia de un acuerdo novatorio. Así se refleja expresamente en el fundamento primero, en el resumen de hechos, y de manera implícita cuando en el fundamento tercero aborda la nulidad de la cláusula y hace referencia a los supuestos en que existan novaciones.

No puede olvidarse, en segundo lugar, que estamos en un ámbito específico, el del derecho de los consumidores, en el que se atenúan los principios del proceso civil. Así lo recuerda el Tribunal Supremo (Civil), S 11-09-2019, n.º 463/2019, rec. 1752/2014 al resolver idéntico motivo:

*1.- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (actualmente TJUE), desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (caso Océanovs. Murciano Quintero), ha declarado reiteradamente la obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello", por varios argumentos básicos:*

*A) Por una razón de justicia material, en consideración a la desigual posición de las partes en los contratos de adhesión concertados con consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, caso Banesto ): la situación de inferioridad del consumidor motiva que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevea que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. La situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.*

*B) Por un objetivo de política general, manifestado en un efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas ( STJUE de 26 octubre 2006, asunto Mostaza Claro ): "...dicho examen*



*puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores... ”.*

*La jurisprudencia del TJUE permite que el juez -aún sin alegación de las partes- realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite, siempre y cuando se respeten los principios de audiencia y contradicción (SSTJUE de 9 de noviembre de 2010 -VB Pénzügyi Lízing- apartado 56; de 14 de junio 2012 - Banco Español de Crédito S.A.- apartado 44; de 21 de febrero de 2013 -Banif Plus Bank Zrt- apartado 24; y de 14 marzo 2013 -Mohamed Aziz- apartado 4).*

(...)

*Asimismo, como recordamos en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre , con remisión al auto de 6 de noviembre de 2013 (Roj : ATS 10482/2013 ), que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones deducido contra la sentencia del Pleno núm. 241/2013, de 9 de mayo :*

*"[e]n la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deben atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas". Y sobre dicha base, el mencionado auto recordó que "[l]a correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes, puesto que el deber de congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo "iura novit curia" [el juez conoce el derecho] siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión (por todas, sentencia núm. 365/2013, de 6 de junio )".*

*Lo que, por lo demás, es simple plasmación de la jurisprudencia del TJUE [por todas, STJUE de 4 de junio de 2009, caso Pannon GSM (C-243/08 )].*

## **2) Sobre la validez de la cláusula suelo, valoración del acuerdo novatorio de 27 de agosto de 2009 y la existencia de negociación.**

Funda la recurrente este submotivo en el hecho de que el documento privado de 27 de agosto de 2009 (doc. n.º 4 de la demanda) constituye la demostración de que hubo una verdadera negociación, lo que excluye la posibilidad de declarar la nulidad de la cláusula suelo. Invoca expresamente la doctrina de los actos propios.

Los hechos relevantes para la resolución del litigio son los siguientes:

1. El día 14 de noviembre de 2002 los demandantes suscribieron con la entidad demandada un préstamo hipotecario para hacer frente a la compra de una vivienda. No se ha cuestionado la condición de consumidores de los compradores ni la finalidad de la operación. Con respecto a los intereses, el préstamo quedó formalizado de la siguiente



manera: durante el primer año se aplicaría un tipo de interés nominal anual del 4,25%; en lo sucesivo se aplicaría un tipo de interés anual variable, resultante de agregar 1,25 puntos al tipo de interés de referencia (EURIBOR), precisándose que los tipos resultantes en ningún caso *podrían ser inferiores al 3,95% ni superiores al 10,00%*.

2. El día 27 de agosto de 2009 los actores suscribieron con un empleado de la entidad bancaria un documento privado por el cual se acordaba la modificación de la cláusula suelo, cuyos límites quedaron establecidos entre el 3% (mínimo) y 9% (máximo).
3. El día 23 de febrero de 2017 la actora solicitó a la entidad prestamista la eliminación de la cláusula suelo y reclamó la devolución de las cantidades cobradas en virtud de la misma, recibiendo respuesta negativa de la demandada por medio de carta fechada el 16 de junio de 2017 .

La primera cuestión que ha de dilucidarse es la naturaleza jurídica del documento privado firmado por las partes el día 27 de agosto de 2009. Como señala la SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 4ª, S 02-10-2018, n.º 369/2018, rec. 661/2017, ha de tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, que distingue, por su incidencia en la decisión de este tipo de pleitos, si el pacto posterior entre las partes sobre la cláusula controvertida integra una novación o bien es determinante de una transacción, calificación que hay que realizar en función de las condiciones materiales del acuerdo más que atendiendo a sus términos formales; en el primer caso, y de existir una novación, no implica ello la nulidad originaria de la cláusula, mientras que de integrar una transacción, la eficacia de esta determina la improcedencia de la reclamación formulada en función de las consecuencias de este tipo de negocios.

El supuesto analizado en la STS (Civil Pleno), 11-04-2018, n.º 205/2018, rec. 751/2017 se refería a dos préstamos hipotecarios con cláusula suelo concertados en 2007. En enero de 2014 las partes acordaron la reducción del tipo mínimo y estipularon: «Las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». En ambos documentos se contiene la transcripción a mano por ambos prestatarios, junto con su firma, del siguiente texto: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».

Sin embargo, en el caso aquí enjuiciado –igual que en el de la citada SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 4ª, S 02-10-2018, n.º 369/2018, rec. 661/2017–, no se contiene mención alguna a la renuncia al ejercicio de acciones. Es más, en este caso lo único que se pacta es una modificación de los límites de la cláusula suelo, que subsiste. Ni siquiera, como en otros asuntos analizados por esta Sección, se eliminaba la citada cláusula. Tampoco se dan por buenas las liquidaciones precedentes.

Resulta, pues, meridianamente claro que estamos en presencia de una novación modificativa. Es decir, se trata exclusivamente de la modificación de uno de los elementos objetivos del contrato (art. 1203.1º CC). La validez de dicho pacto, que en modo alguno supone renuncia o transacción, ha de ser examinada a la luz de los mismos principios que la cláusula originaria, es decir la del préstamo de 14 de noviembre de 2002.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Cabe citar, en tal sentido el reciente auto de fecha de 3 de marzo de 2021 del TJUE (Sala Séptima), asunto C 13/19, que resuelve varias cuestiones prejudiciales planteadas con arreglo al artículo 267 TFUE por la Audiencia Provincial de Zaragoza. En dicha resolución, y en lo que resulta más relevante para el caso de autos, se indica lo siguiente:

*69 En el presente caso, es manifiesto que la audiencia provincial remitente considera, habida cuenta de las circunstancias en las que se celebró el contrato de novación, que TJ y UK no obtuvieron información suficiente acerca del carácter abusivo de la cláusula suelo inicial y de las cantidades a cuyo reembolso hubieran tenido derecho por tratarse de sumas indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula.*

*70 Tal como resulta del apartado 56 del presente auto, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con la fecha de celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en esa fecha y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifieste mientras se ejecuta el contrato.*

*71 Pues bien, a pesar de que corresponde a la audiencia provincial remitente examinar de qué información disponía Ibercaja Banco en la fecha en que se celebró el contrato de novación, es preciso señalar que el Tribunal Supremo, mediante su sentencia 241/2013, de 9 de mayo de 2013, declaró por primera vez, en el marco de un procedimiento iniciado por asociaciones de consumidores, que las cláusulas suelo estipuladas en los contratos de préstamo hipotecario no satisfacían, en principio, las exigencias de claridad y de transparencia y, por ese motivo, podían ser declaradas abusivas. Por lo demás, el Tribunal Supremo resolvió que la declaración de nulidad de tales cláusulas únicamente surtiría efectos para el futuro. Mediante la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980), el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponía a esa limitación temporal.*

*72 En estas circunstancias, corresponde a la audiencia provincial remitente apreciar, en primer término, el nivel de certidumbre que existía en la fecha de la celebración del contrato de novación en lo referente al carácter abusivo de la cláusula suelo inicial para así determinar el alcance de la información que Ibercaja Banco debía proporcionar a TJ y a UK en virtud de la exigencia de transparencia que le incumbía cuando presentó la cláusula de renuncia a ejercitar acciones judiciales y, en segundo término, si TJ y UK estaban en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para ellos de tal cláusula.*

*73 Por lo que se refiere, seguidamente, a la renuncia de las partes del litigio principal a hacer valer ante los tribunales nacionales sus pretensiones relativas a la nueva cláusula suelo, baste con recordar que, como se desprende del apartado 36 del presente auto, un consumidor no puede comprometerse válidamente a renunciar para el futuro a la tutela judicial y a los derechos que le confiere la Directiva 93/13. En efecto, por definición, el consumidor no puede comprender las consecuencias de su adhesión a una cláusula de esa naturaleza por lo que se refiere a las controversias que puedan surgir en el futuro (sentencia de 9 de julio de 2020,*



*Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, apartado 75). Por tanto, 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.*

Pues bien, realizando el control de abusividad que la normativa europea impone a los tribunales nacionales, deben analizarse y valorarse los documentos obrantes en autos, única prueba practicada. De su contenido no puede concluirse, como mantiene la entidad bancaria, que la cláusula litigiosa fuera negociada individualmente ni que supere el doble control de transparencia a que se refiere la jurisprudencia, y ello con independencia de la firma que aparezca estampada en los documentos o la información proporcionada por el notario al tiempo de la firma de la escritura. Tampoco que el acuerdo privado de novación convalide la nulidad de dicha cláusula, porque la entidad financiera, pese a incumbirle, no ha demostrado que cumplió con las exigencias legales.

Para llegar a tal conclusión ha de tenerse en cuenta, como viene destacando esta Sección, que los términos del contrato no son suficientes para considerar cumplido el deber de información. Así, la SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 4ª, 19-06-2019, n.º 258/2019, rec. 68/2018, entre otras muchas, señala que ni la oferta vinculante ni el propio tenor del contrato agotan por sí mismos ese deber que reclama no solo la claridad y comprensión gramatical de sus términos (con lo que se superaría el primer control para su inclusión), sino además la verdadera dimensión y trascendencia económica de la cláusula. Así, por ejemplo, no consta que se realizaran simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; tampoco que se ofreciera 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 el concreto perfil de cliente no se le ofertaron las mismas, sin que, insistimos, sean suficientes tampoco las advertencias realizadas por el notario: “cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual.” (STS 08-06-2017, n.º 367/2017, rec. 2697/2014).

En definitiva, tal como viene reiterando esta Sección en supuestos semejantes, “la superación del control de transparencia habría exigido una información y explicación añadida a la que deriva del contenido impreso de la oferta vinculante (que se limita a expresar de modo resumido las condiciones del préstamo en lo que se refiere a los intereses) y del texto de la cláusula en la escritura, pues se trata esta de una información que, al margen de la complejidad en su exposición en lo que se refiere al cálculo de los intereses, se limita a expresar los tipos y las operaciones complejas para alcanzar el resultado, pero sin que en modo alguno sean expresivas u ofrezcan cualquier tipo de información (ni la oferta vinculante ni el tenor del contrato) de la significación y trascendencia económica de la cláusula y su verdadero alcance, lo que habría requerido la prueba de esas otras acciones añadidas (simulaciones de escenarios, comparativa de productos, coste de unos y otros, evolución previsible y razonable de la evolución de los tipos en el momento de contratar), para superar el aspecto más material de ese control, lo que, por tales razones, no se ha producido”.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Procede, pues, confirmar la sentencia de instancia y desestimar el recurso, también en lo referente a los efectos de la declaración de nulidad, al atenerse el fallo a los criterios de la STJUE de 21 de diciembre de 2.016, que dejó sin efecto la doctrina establecida precedentemente por el Tribunal Supremo. Nos remitimos, en tal sentido a lo resuelto de manera reiterada por esta Sección: AP Santa Cruz de Tenerife, sec. 4ª, S 14-09-2017, n.º 314/2017, rec. 83/2017; AP Santa Cruz de Tenerife, sec. 4ª, S 13-07-2017, n.º 255/2017, rec. 162/2016, entre otras muchas.

#### **CUARTO. Costas de la alzada.**

De conformidad con lo prevenido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de esta alzada han de imponerse a la parte recurrente.

### **FALLAMOS**

**Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Caixabank, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de San Cristóbal de La Laguna en los autos 1382/2018, resolución que confirmamos íntegramente. Todo ello con expresa imposición de las costas del recurso a la entidad recurrente.**

Dese al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución para su ejecución, cumplimiento y demás efectos legales.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil) y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquel (disposición final décima sexta 2ª de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

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