



**SECCION UNICA DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE HUESCA**

Proc.: **RECURSO DE APELACION
(LECN) (MIGRACIÓN)**

Nº: **0000348/2017**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E
INSTRUCCIÓN Nº 1 DE HUESCA

Puede relacionarse telemáticamente con esta Admón.
a través de la sede electrónica (personas jurídicas)
<https://sedejudicial.aragon.es/>

Intervención:	Interviniente:	Procurador:	Abogado:
		I	AZUCENA NATALIA RODRIGUEZ PICALLO
Apelado	BANKIA		

SENTENCIA Nº 000252/2020

Ilmos. Sres.

Presidente

D.

Magistrados

D.

(Ponente)

D.

En Huesca, a 29 de diciembre de 2020.

La sección única de la Audiencia Provincial de Huesca ha visto, en nombre del Rey, el recurso de apelación planteado en los autos de juicio ordinario número 475/16 seguidos ante el Juzgado de primera instancia e instrucción número 1 de Huesca.

los promovió, como demandante, dirigido por la letrada Sra. Rodríguez Picallo y representado por la procuradora Sra. , contra BANCO MARE

NOSTRUM, S.A, ahora BANKIA, S.A. (según lo acordado en este rollo de apelación), como demandada, defendida por el letrado Sr. y representada por la procuradora Sr. . Se hallan pendientes ante

este Tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 348 del año 2017, e interpuesto por el actor. Es ponente de esta sentencia el Magistrado Antonio Ullate.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada.

SEGUNDO: 1. El indicado Juzgado de primera instancia e instrucción, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 4 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO

Estimar parcialmente la demanda promovida por la Procuradora Sra en nombre y representación de D.

asistido por la Letrada Rodríguez contra Banco Mare Nostrum S.A. representada por el Procurador Sr y asistidos del Letrado Sr y en consecuencia se declara la nulidad de la cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés recogida en la cláusula 3º,3 Revisión del tipo de interés de la escritura de subrogación y modificación de hipoteca autorizada por el notario D.

el 23 de marzo de 2007 doc 3 de la demanda (prot 1116) modificada y ampliada por escritura otorgada ante el mismo Notario el 29 de Septiembre de 2006 (prot 1751), y modificada posteriormente en la escritura autorizada por la notario Dña

(nº de protocolo 268) el 9 de febrero de 2011 doc de la demanda.

Se condene [quiso decirse condena] a la entidad demandada a que abone al demandante D. la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, resultante de aplicar las condiciones del contrato de préstamo sin la referida cláusula desde su celebración hasta la fecha de 26 de Marzo de 2015 y ello a consecuencia de la escritura de novación modificativa de préstamo hipotecario autorizada el 26 de marzo de 2015 por el notario D.

(nº de protocolo 411) doc 5 de la demanda cantidad incrementada en el interés legal del dinero hasta la fecha de la presentación de la demanda incrementadas en el interés legal del dinero;

Al tratarse de estimación parcial no se hace imposición de costas".

2. A instancia de la parte demandada, el Juzgado dictó auto en fecha 12 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva dice literalmente así:

«ACUERDO:

Estimar la petición formulada por la parte demandada de aclarar la Sentencia nº 103/2017 de fecha cuatro de septiembre de 2017, dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica:

“cantidad incrementada en el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda”».

TERCERO: Contra la anterior sentencia, la representación procesal del demandante, , interpuso recurso de apelación mediante la presentación del oportuno escrito, en cuya súplica interesó a esta Sala lo siguiente:

«*SUPLICO AL JUZGADO, se sirva admitir este escrito con su copia, teniendo por formulado en nombre y representación de Don*

, Recurso de Apelación contra la Sentencia nº 103/2017 de 4 de Septiembre de 2.017, notificada a esta parte el día 5 de Septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Huesca, y elevando las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial de Huesca, se solicita:

1º) SE REVOQUE PARCIALMENTE la misma en lo relativo al PRÉSTAMO HIPOTECARIO suscrito entre Don

y CAIXA PENEDÉS, otorgado en escritura autorizada por la Notario de Aragón Doña (nº de protocolo 269),

el día 9 de Febrero del 2.011, acordando:

1º.- Se declare la nulidad de la CLÁUSULA 3.2.- INTERESES ORDINARIOS que lleva la siguiente redacción: "No obstante, el tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo en ningún caso podrá ser inferior al TRES por ciento ni superior al DIECINUEVE por ciento, tipos éstos que tendrán la consideración de tipo de interés mínimo y máximo, respectivamente. Por tanto si el tipo resultante de la revisión en cualquiera de los periodos de interés que comprende la segunda fase fuere inferior al tipo de interés mínimo o superior al tipo de interés máximo establecidos, serán éstos, tipo de interés mínimo en el primer caso y tipo de interés máximo en el segundo, los que se aplicarán al préstamo en el periodo de interés correspondiente", condenando a la demandada a eliminar a su costa la cláusula del contrato.

2º.- Se condene al BANCO MARE NOSTRUM S.A. a restituir a Don la suma de las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés, desde la fecha de la formalización del contrato el 9 de Febrero de 2.011, hasta que se dejó de aplicar conforme al Contrato de Modificación de Condiciones de 26 de Marzo de 2.015, incrementadas con el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda.

3º.- Al verse estimadas todas las pretensiones, se condene a la demandada al pago de las costas procesales de la primera instancia y de la apelación».

CUARTO: A continuación, el Juzgado dio traslado a las otras partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. En esa fase, la representación procesal de la demandada, BANCO MARE NOSTRUM, S.A, ahora BANKIA, S.A., se opuso al recurso. Seguidamente, el Juzgado, tras emplazar a las partes por el término legal, remitió los autos a esta Audiencia, en donde quedaron registrados al número 348/2017. No habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el asunto quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, para todo lo cual señalamos el pasado día 22.

En la tramitación de esta segunda instancia, no se ha cumplido el plazo procesal para dictar sentencia debido a la atención prestada a otros asuntos penales y civiles pendientes ante esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: 1. El fallo de la sentencia apelada no se pronuncia sobre las peticiones 4 y 5 de la súplica de la demanda referidas al **segundo** de los préstamos hipotecarios sobre la misma vivienda aludidos en sus hechos (escritura de **9 de febrero del 2011**, número **269** del protocolo notarial), las cuales aparecen transcritas en el antecedente de hecho primero y en el fundamento de Derecho primero de la resolución impugnada. Asimismo, el fundamento de Derecho tercero de la sentencia de primer grado menciona el **segundo** de los préstamos hipotecarios, aunque sin llegar a ninguna conclusión respecto de él partiendo de lo interesado en la demanda.

2. No obstante, la sentencia estima parcialmente la demanda en cuanto al **primer** préstamo hipotecario prescindiendo de toda motivación sobre el segundo préstamo hipotecario, y así:

a) *declara la nulidad de la cláusula suelo incluida en el apartado 3.3 de la escritura de 23 de marzo de 2007* (correspondiente al **primer** préstamo sobre la vivienda —en este caso, más la hipoteca sobre los dos trasteros), *modificada posteriormente mediante escritura autorizada el 9 de febrero de 2011, número 268 del protocolo notarial (documento 4 de la demanda)*, la cual no debe ser confundida con la antes señalada escritura de igual fecha, pero con número de protocolo **269**;

y b) *condena a la demandada a pagar al actor la cantidad que se determine en ejecución de sentencia resultante de aplicar las condiciones del contrato de préstamo [el primero] sin la cláusula suelo desde su celebración hasta el 26 de marzo de 2015, fecha de la escritura de novación modificativa* (del primer préstamo hipotecario), más *el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda* (según el auto de aclaración dictado a instancia del banco), como se pedía en la misma demanda.

3. Nos encontramos ante una incongruencia omisiva sobre unas pretensiones oportunamente deducidas con la demanda y no solo ante una falta de motivación. Por ello, lo más ortodoxo habría sido que el actor hubiera denunciado oportunamente esa infracción procesal en el trámite previsto legalmente para ello, cual es el complemento de la sentencia regulado en el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con su artículo 459, a fin de que el Juzgado de primera instancia se hubiera pronunciado precisamente sobre tales pretensiones antes de que cualquiera de las partes interpusiera, en su caso, el correspondiente recurso de apelación. No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019 (383/2019) mantiene que *el carácter de "plena jurisdicción" del recurso de apelación no impide a la sentencia de la segunda instancia pronunciarse sobre una cuestión deducida en la demanda y planteada en el recurso de apelación* (artículo 465.3 y 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), a diferencia de lo que el Tribunal Supremo mantiene en el ámbito del recurso de

casación. Nos inclinamos por seguir ese criterio a la espera de que el Tribunal Supremo lo consolide.

4. Partiendo de todo ello y tras el examen de las actuaciones y el visionado de la grabación del juicio, no hay razones para dejar de extender al segundo préstamo hipotecario sobre la vivienda la declaración de nulidad de la cláusula suelo declarada en la sentencia con relación al primer préstamo hipotecario sobre la vivienda y dos trasteros, cuyos pronunciamientos no han sido objeto de recurso por ninguna de las partes, con más razón cuando su criterio se adecua a la jurisprudencia recaída en torno al doble control de transparencia de las condiciones generales de la contratación en el ámbito de los consumidores y usuarios.

5. Frente a lo mantenido por la entidad financiera en el escrito de oposición al recurso —y con anterioridad, en el de contestación a la demanda—, no nos encontramos ante un supuesto de carencia de objeto pese a que, mediante documento privado de fecha 26 de marzo de 2015 (documento número 2 de la contestación a la demanda —folio 529—, luego aportado de forma completa —f. 553 y f. 554), las partes acordaron lo siguiente sobre este segundo préstamo: *"Las partes aquí comparecientes, acuerdan suprimir con fecha de efecto del día de la última liquidación de intereses practicada y hasta el vencimiento del Préstamo, el Tipo de Interés Fijo Mínimo o cláusula suelo y el Tipo de Interés Fijo Máximo o cláusula techo aplicables al Préstamo, por lo que el tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo será el que resulte de la revisión de conformidad con la periodicidad y sistemas establecidos en la Escritura de Préstamo y con el resto de modificaciones, en su caso, acordadas en este contrato, reiterando en cualquier caso que la cláusula limitativa del tipo de interés, esto es el Tipo de Interés Fijo Mínimo o cláusula suelo y el Tipo de Interés Fijo Máximo o cláusula techo, aplicada hasta la fecha 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"*.

6. Sobre la novación contenida en el indicado documento privado, debemos aplicar necesariamente la doctrina jurisprudencial sentada con posterioridad al dictado de la sentencia ahora apelada. El alcance de ese contrato de novación, tal y como lo venimos diciendo desde nuestra sentencia de 18 de noviembre de 2020, no puede ser otro que el mantenido por el pleno del Tribunal Supremo en dos recientes sentencias, ambas de 5 de noviembre de 2020, números 580/2020 y 581/2020 (tras lo decidido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, en su sentencia de 9 de julio de 2020), dado que resuelven unos casos similares al ahora enjuiciado.

7. El Tribunal Supremo concluye lo siguiente en las citadas sentencias:

A) Es válida la novación de la cláusula con reducción del tipo de interés mínimo aplicable (cláusula suelo o suelo/techo), siempre que cumpla con el criterio de la transparencia si esa modificación no ha sido negociada individualmente, sino que ha sido predispuesta por el empresario, como aquí ocurre.

B) En el supuesto debatido, el Tribunal Supremo entiende que la novación de la cláusula es válida, al cumplir con el criterio de la transparencia, de acuerdo con los siguientes datos:

- La novación tuvo lugar meses después de la sentencia STS 241/2013, de 9 de mayo, que supuso un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia. Por tanto, cuando se modificó la cláusula la parte prestataria sabía que era potencialmente nula por falta de transparencia y de la incidencia que había tenido.

- La información que ha de suministrarse al prestatario debe permitirle conocer las consecuencias económicas derivadas del mantenimiento de la cláusula suelo con un interés fijo (del 2,25% y del 2,75% en las sentencias del Tribunal Supremo, y del 2% en nuestro caso).

- Este criterio de transparencia se cumple en el caso, pues consta el conocimiento de esta evolución del índice y sus concretas consecuencias económicas, por la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando.

- Además, esta información de la evolución de los índices de referencia oficiales era objeto de publicación oficial y periódica por el Banco de España, conforme a la disposición adicional segunda de la Orden del Ministerio de Economía de 5 de mayo de 1994, y a la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España.

C) Partiendo de todo ello, el Tribunal Supremo declara la nulidad de la cláusula suelo originaria y condena a la entidad bancaria a devolver a la parte demandante las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula hasta la fecha en que se novó válidamente, siempre partiendo de la declaración de nulidad de la cláusula de renuncia de acciones contenida en el contrato de novación, si bien en este supuesto no consta una renuncia expresa al ejercicio de acciones, sino que simplemente la cláusula suelo fue suprimida.

8. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso nos debe llevar a declarar la nulidad de la primigenia cláusula suelo del segundo préstamo. No obstante, siendo válida la modificación de la cláusula suelo a partir de la fecha en que fue formalizada, el 26 de marzo de 2015, por la que fue suprimida, el banco demandado está obligado a devolver a la parte actora las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la cláusula suelo desde la celebración del segundo contrato de préstamo, mediante escritura de **9 de febrero del 2011**, número **269** del protocolo notarial, hasta, como se pide en el recurso (la súplica de la demanda no fija un concreto tiempo final), se dejó de aplicar conforme al llamado contrato de modificación de condiciones financieras de **26 de marzo de 2015**, en que la cláusula se novó válidamente para suprimirla. Tales cantidades se incrementarán con el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda, como se pide en la demanda y en el recurso.

9. Como lo tenemos dicho en numerosos precedentes, las sumas concretas a restituir habrán de ser liquidadas en otro procedimiento si las partes no lo hacen de mutuo acuerdo, todo ello conforme a lo dispuesto en los artículos 209.4 *in fine* y 219.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



10. Por todo ello, procede **estimar** el recurso.

11. Lo expuesto conlleva la estimación total de la demanda, por lo que procede imponer a la parte demanda las costas causadas en la primera instancia, conforme a lo previsto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO: Al estimarse el recurso, no debemos hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, procede disponer la devolución del depósito constituido para recurrir, en cumplimiento de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: 1. ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del demandante, , contra la sentencia referida, que REVOCAMOS parcialmente en el sentido que se va a decir.

2. En su virtud, ESTIMAMOS íntegramente la demanda, por lo que, aparte de los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia apelada respecto al **primer** préstamo hipotecario (escritura de fecha **23 de marzo de 2007**), los cuales CONFIRMAMOS, **adicionamos** estos otros:

A) Declaramos la nulidad de la cláusula suelo contenida en el **segundo** préstamo hipotecario autorizado por escritura de **9 de febrero de 2011**, número **269** del protocolo notarial, estipulación 3.2 (documento número 6 de la demanda, folio 379 de los autos).

B) CONDENAMOS a la demandada, BANKIA, S.A., a restituir al actor, , las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de la cláusula suelo o de limitación de la variación del tipo de interés, DESDE la fecha de la formalización del contrato de préstamo, **9 de febrero de 2011**, HASTA que la cláusula se dejó de aplicar conforme al contrato privado de **26 de marzo de 2015**, en que la cláusula se novó válidamente suprimiéndola, incrementadas con el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda. Tales cantidades se determinarán y liquidarán en un ulterior procedimiento si las partes no llegaran a un acuerdo por la diferencia con lo que se debería haber percibido sin la aplicación de la cláusula declarada nula.

3. Imponemos a la parte demandada las costas producidas en la primera instancia.

4. No hacemos especial declaración sobre las costas de esta alzada.





5. Disponemos asimismo la devolución del depósito constituido para recurrir.

Sin perjuicio del derecho de las partes a intentar cuantos recursos consideren legalmente procedentes, contra esta resolución pueden haber, en su caso, los recursos de casación y de infracción procesal, a interponer ante esta misma Audiencia Provincial en un plazo de veinte días, respetando, en todo caso, todas las disposiciones legales reguladoras de dichos recursos, incluida la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese y háganse las comunicaciones oportunas al Juzgado de procedencia, para que tenga lugar la ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá un testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

