



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1, PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00340/2018

N10250
C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5
Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

CA

N.I.G. 36026 41 1 2017 0000420

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000373 /2018
Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de MARÍN
Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000203 /2017
Recurrente: ABANCA CORPORACION BANCARIA SA
Procurador:
Abogado:
Recurrido:
Procurador:
Abogado: MARCOS VALE SANTOS

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA,
COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS
D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO
D^a MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ
D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ**

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 340/18

En Pontevedra, a quince de octubre de dos mil dieciocho.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000203 /2017, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de MARÍN, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000373 /2018, en los que aparece como parte apelante-demandada **ABANCA CORPORACION BANCARIA SA**, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra.

, y asistida por el Abogado D.

, y como parte apelada-demandante **D^a**

, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra.

, y asistida por el Abogado D. MARCOS VALE SANTOS, y siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. **D^a. MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Marín, con fecha 9-1-2018, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

“Que **ESTIMO** la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales, doña Isabel Sanjuán Fernández en nombre y representación de
contra **ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA**, y;

1.**Declaro la nulidad por abusiva** de la denominada “cláusula suelo” inserta en la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el día 23 de septiembre de 1992.

2.**Condeno** a la entidad demandada a devolver a la demandante la cantidad cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula desde la fecha de suscripción del contrato, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro hasta mayo del año 2013.

3.**Condeno** a la entidad demandada al pago de las costas procesales.”

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por
se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en
ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En virtud del precedente Recurso por la entidad apelante, ABANCA, Corporación Bancaria SA se pretende la revocación de la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 203/17 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Marín que declaró la nulidad de la cláusula de interés mínima, ordenando la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por dicho concepto.

La entidad apelante recurre la resolución alegando que dicha cláusula no puede ser declarada nula con fundamento en la Directiva 13/93, en su artículo 3.1 toda vez que la hipoteca se suscribió el 23 de septiembre de 1992, fecha esta en que no había entrado en vigor puesto que se publicó el 21 de abril de 1993, mucho menos se había traspuesto a nuestro derecho interno, lo cual no tuvo lugar sino hasta la publicación de la Ley de Condiciones generales de la contratación. La aplicación de una norma a un contrato que no existía en el momento de su suscripción atenta contra la seguridad jurídica y contra cualquier otro principio básico de nuestro ordenamiento jurídico.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

A dicha pretensión se opone alegando que la entidad financiera condenada dejó de aplicar la cláusula suelo en mayo de 2013 de forma generalizada a sus clientes (en lo tocante a la cláusula suelo) sabedora de que había obrado de forma ilegal al colocarles cláusula suelo sin su consentimiento ni su conocimiento. Esta conducta no es una gracia concedida por ABANCA a sus clientes ni el resultado de una política comercial. Lejos de ello es el reconocimiento tácito por parte de la entidad gallega de que el procedimiento de comercialización de sus hipotecas no superaba en ningún caso los estándares de transparencia que acababa de fijar el tribunal supremo. En septiembre de 2013, cuando ABANCA procedió a recalcular el préstamo suyo y cesó en la aplicación del tipo mínimo, vino a reconocer de forma implícita que el suelo objeto de esta litis es nulo, actuar ahora de otro modo implica la vulneración de la doctrina de los actos propios.

SEGUNDO. - De la legislación aplicable al contrato de autos suscrito el 23 de septiembre de 1992.- El día 23 de septiembre de 1992 las partes litigantes suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 6.000.000 pesetas (36.060,79 euros), siendo el plazo de amortización de 25 años. En la escritura indicada, figura la siguiente cláusula: Cláusula financiera Tercera - Intereses:

b) El tipo de interés aplicable a cada periodo variará anualmente en función del tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorros" conforme se define en el apartado c) de esta cláusula, incrementado en un margen o diferencial de un punto. Dicho margen o diferencial permanecerá invariable durante toda la vida de la operación.

f) No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al once por ciento ni superior ni superior al dieciséis por ciento anual.

Posteriormente el 17 de enero de 2000, ambas partes suscribieron un contrato de novación modificativa del préstamo hipotecario, teniendo la cláusula primera el siguiente tenor literal:

"1. Con efecto desde el día 12/12/99 hasta el 23/12/2000 la Caja aplicará un interés fijo del 5% nominal anual en las liquidaciones del préstamo a que se hace referencia en el expositivo anterior.

2. (Solo para préstamos que se liquidarán a interés variable) A partir del día 24/2/2000 el tipo de interés del préstamo citado se revisará anualmente sumando un diferencial de 0,5 puntos al tipo de referencia IRPH publicado el día 1 del mes anterior por las Agencias o medios de comunicación correspondientes, con una banda de fluctuación comprendida entre el 4,25% y el 9,25%. El tipo de interés resultante se redondeará al alza al más cercano múltiplo de un décimo de punto."

Es obvio que la Directiva 13/93 no estaba vigente a la fecha de suscripción del préstamo puesto que se publicó el 21 de abril de 1993 en el DOCE, tampoco lo estaba la Ley de Condiciones Generales de 1998 que la traspuso en España. La normativa vigente, aplicable a ese momento era, según el art. 2.3 del CC, la Ley General de los Consumidores y Usuarios de 1984 que al respecto en dicho momento preveía en su art. 10 que (pondremos en negrilla lo que resulte relevante a nuestro caso sobre nulidad de cláusula suelo):

1. Las cláusulas condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Entrega, salvo renuncia del Interesado, de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o, en su caso, de presupuesto, debidamente explicado.

c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye:

1. La omisión, en casos de pago diferido en contratos de compra-venta, de la cantidad aplazada, tipo de interés anual sobre saldos pendientes de amortización y las cláusulas que, de cualquier forma, faculten al vendedor a incrementar el precio aplazado del bien durante la vigencia del contrato.

2. Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por muestrario.

3. Las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.

4. Condiciones abusivas de crédito.

5. Los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.

(...)

2. A los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.

Las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas.

(...)

4. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos.

No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual será ineficaz el contrato mismo.

5. Los poderes públicos velarán por la exactitud en el peso y medida de los bienes y productos, la transparencia de los precios y las condiciones de los servicios postventa de los bienes duraderos.”



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

Citaremos también Ley 12/1984, de 28 de diciembre, del Estatuto Gallego del Consumidor que en su Artículo 18 fue declarado inconstitucional por STC 62/1991, 22 marzo (excedía el marco competencial de la CCAA de Galicia), excepto párrafo 1º que estipulaba lo siguiente:

*<<Conforme a la normativa general vigente en la materia, los consumidores y usuarios serán protegidos **frente a las eventuales cláusulas abusivas contenidas en los contratos tipo o de adhesión establecidas de una forma unilateral por quien ofrece en el mercado bienes o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones Públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes.**>>*

TERCERO. -Aplicación de la legislación vigente al contrato de autos. -

La cuestión estriba en determinar si al amparo de la norma tuitiva vigente en 1992 de consumo transcrita, cabría la declaración de nulidad de la cláusula transcrita.

Es notorio que con la legislación protectora de consumidores después de la Directiva 93/13 la jurisprudencia entiende que dicha cláusula, aun siendo una condición general, en sí misma considerada, no se puede reputar nula en la medida en que no infringe ninguna norma imperativa o prohibitiva e incluso existen previsiones normativas que permiten poder concertarlas con validez. *La cláusula suelo en sí misma considerada, no puede reputarse nula, aunque para que puedan considerarse incorporadas al contrato, las condiciones generales han de ser claras, concretas, sencillas y comprensibles directamente en atención al producto que se comercializa. (STS 267/2017, de 4 de mayo).* Estas afirmaciones son igualmente válidas para los contratos suscritos en 1992.

Ahora bien, hemos de partir para la resolución de la controversia de lo que nos recuerda la STS de 8 de septiembre de 2014 al abordar la doctrina jurisprudencial aplicable y su contexto interpretativo dentro del desenvolvimiento de las **Directrices de orden público económico** en nuestro Derecho:

“En la actualidad, conforme al desenvolvimiento social, económico y cultural y, particularmente, desde un claro impulso de actuaciones judiciales, tanto nacionales como europeas, se está asistiendo a un proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios. La impronta del control de transparencia, como una plasmación del principio de transparencia real, implícito en el marco general del control de abusividad, constituye una buena prueba de lo afirmado, así como de la conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación.

*En esta línea, la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS de 18 de junio de 2012, núm. 406/2012), de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012, de 17 y 18 de enero de 2013, núms. 820/2012 y 822/2012, respectivamente, de 18 de noviembre de 2013, núm. 638/2013 y de 30 de junio de 2014, núm. 333/2014, entre otras), conforme al acervo y el peso de la formación del Derecho contractual europeo, a tenor de sus principales textos de armonización, **ya ha advertido de la profundidad de este proceso a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las Directrices de orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso, en el ámbito de las condiciones generales que nos ocupa, tiende a superar la concepción meramente "formal" de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negociada del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo (pacta sunt servanda), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación.**”*

(...)

En atención al contexto descrito conviene resaltar la perspectiva conceptual y metodológica de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha partido, ab initio, de la realidad de este fenómeno para señalar que la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, de forma que conceptualmente debe precisarse que dicha práctica comercial constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura comercial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada.

Esta calificación jurídica, reconocida inicialmente en la citada Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2012, ha sido una constante en la doctrina jurisprudencial aplicable al fenómeno de la contratación seriada siendo reiterada, tanto por la Sentencia de esta Sala que primeramente enjuició el supuesto de las cláusulas suelo, la también citada STS de 9 de mayo de 2013, como por las resoluciones más recientes en materia de contratación seriada, SSTS de 10 de marzo de 2014, de 11 de marzo de 2014 y de 7 de abril de 2014.”

Resalta el Alto tribunal, y esto es lo decisivo, que el control de transparencia se erige como un **principio jurídico general que debe informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual**, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014.

Conforme a ello, debe concluirse que, tanto en 1992 como hoy, habida cuenta del carácter informador en el derecho contractual **del control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad**, “no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada” que sigue recogiendo la misma resolución.

Por tanto, que, a la luz de las anteriores consideraciones, la circunstancia de que el contrato que vinculaba a las partes se hubiera suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva de 1993, no es obstáculo a la declaración de abusividad de la cláusula que nos ocupa del modo que lo ha hecho el juzgador a quo en la resolución recurrida bajo la vigencia de la LGCU de 1984 y el Estatuto Gallego del mismo año.



TERCERO. - Actos propios.

-Como complemento de lo anterior y como sostiene la parte apelada, la demandada ha ido contra sus propios actos al haber dejado de aplicar la cláusula suelo a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013, en el contrato que nos ocupa, y ello implica un reconocimiento de su nulidad por abusiva.

También en nuestra SAP de 15-06-18, Pnte. Ilmo. Sr. Menéndez Estébanez, nos hemos pronunciado sobre la cuestión de los actos propios: <<En relación a los actos propios la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1995 nos dice: *"Es reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 5 de octubre de 1987, 16 de febrero y 10 de octubre de 1988, 10 de mayo y 15 de junio de 1989, 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio y 30 de diciembre de 1992, 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993, entre otras muchas) la de que el principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior", agregando la Sentencia de 25 de octubre de 2000 que: "la regla "nemine licet adversus sua facta venire" tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce, han de ser por ende tales actos vinculantes, causantes de estado y definidoras de una situación jurídica de su autor y que vayan encaminadas a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos, sino revestidos de solemnidad".*

Es decir, para que se trate de actos propios con los efectos pretendidos por la parte apelante, deben ser actos inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

La entidad demandada llevó a cabo una actuación unilateral dejando de aplicar la cláusula a todos los contratos celebrados con quien consideraba consumidores, en aplicación de una sentencia del TS que resolvía el ejercicio de acciones colectivas. Con ello pretendía dejar zanjada la cuestión y cualquier otro efecto derivado de su aplicación. Resulta difícil considerar que debe interpretarse en el sentido de entender no comprendido en este acto o decisión la renuncia al examen individualizado de cada contrato. Ciertamente puede que existieran otras razones de naturaleza comercial, contable y financiera que influyeran en la medida adoptada con carácter general, pero de ello no debe deducirse que pudiera quedar en cuestión la consideración de que la cláusula era abusiva por no superar el control de transparencia.

Lógicamente la entidad valoró la condición de consumidor de sus clientes y la afectación de cada contrato por los criterios exigidos por el TS en relación al control de transparencia. Reconocida así la abusividad de la misma, pues de otra manera carece de sentido dejar de aplicarla, esta caracterización queda afectada por la doctrina de los actos propios, pues con tal actuación se pretendió dejar resuelta de forma definitiva la relación contractual en relación a la denominada cláusula suelo. Y esta consideración es válida y debe mantenerse aun cuando posteriormente, en aplicación de la jurisprudencia comunitaria, los efectos de su declaración de nulidad tuvieran efecto retroactivo desde el mismo momento de su primera aplicación. No es admisible que pueda considerarse abusiva para un periodo de tiempo y para otro no, si es abusiva, y así se reconoció por la entidad demandada al expulsar del contrato dicha cláusula, lo es con todos los efectos que correspondan.>>



La doctrina jurisprudencial expuesta, llevada al supuesto de enjuiciamiento, exige realizar las siguientes precisiones que conducen a la confirmación de lo ya resuelto. En primer lugar, excluido el carácter negociado de la cláusula suelo, el análisis del presente caso se dirige a valorar si, conforme a la naturaleza y caracterización que se ha realizado del control de transparencia, el predisponente cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de dicha cláusula en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta. En este sentido, atendido el marco de la contratación realizado, no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo.

CUARTO. - Acuerdo novatorio del año 2000. - Sobre esta cuestión la SAP Madrid de 9 de junio 2017 ha dicho que *"... las novaciones (...) no pueden afectar a la declaración de abusividad de la cláusula suelo por falta de transparencia, de conformidad al artículo 1208 CC, así como la jurisprudencia sobre la propagación de la ineficacia contractual a los posteriores acuerdos novatorios puesto que los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional"*.

También la SAP Madrid de 8 de marzo 2017 afirma que la *"... declaración de abusividad de la cláusula suelo por su falta de transparencia, causa la nulidad de pleno derecho de la misma, puesto que conculca normas imperativas como el artículo 4 n° 2 de la Directiva 93/13 y el artículo 83 del RD Leg 1/07. La declaración de nulidad de una cláusula suelo por abusiva, no puede resultar desvirtuada por la existencia de otros acuerdos modificativos posteriores, que varían a la baja la cláusula suelo descrita, puesto que lo que se declara abusiva es la introducción en el préstamo hipotecaria de una cláusula suelo, de suerte que la negociación referida a la novación posterior, e incluso su aplicación práctica, no hace desaparecer la falta de negociación de la cláusula suelo, que se impone por la entidad de crédito de forma abusiva. Y teniendo en cuenta el carácter de ser nula de pleno derecho la cláusula suelo, la posterior novación, no puede considerarse como una convalidación del negocio inicial, puesto que dicha institución es solo aplicable a los contratos anulables, y no a los que son radicalmente nulos"*. Y, la SAP Palencia de 14 noviembre 2016 que *"... si lo que se pretende es argumentar que la renuncia al ejercicio de acciones que se contiene en la novación modificativa tiene validez, a ello se debe contestarse afirmando que la renuncia pactada se contiene en el pacto novatorio, y se refiere, quiérase o no, precisamente a la cláusula cuya nulidad radical viene declarada, por lo que no puede correr distinta suerte que el resto de*



disposiciones contenidas en el contrato pretendidamente novatorio, ni la renuncia en cuestión puede tener un efecto distinto del de dichas disposiciones, precisamente por la imposibilidad de novar lo que es nulo de pleno derecho".

Por lo tanto, no podemos considerar que efectivamente dentro de lo que se ha probado en autos haya quedado acreditado por la entidad bancaria a través de la modificación del tipo de interés que la cláusula suelo haya sido negociada individualmente con el prestatario, que este la haya aceptado no tiene el significado que pretende la recurrente si es que en el concepto de negociación no se extiende a la aceptación de un suelo.

En consecuencia, esas variaciones que se producen cuando la parte actora solicitó la reducción del "suelo", ninguna relación tiene con una supuesta negociación de la cláusula suelo como si de una cláusula sobre la que la parte actora tuviera algún poder de disposición y un buen conocimiento sobre sus efectos en la dinámica económica del contrato. Tal modificación se produjo cuando el actor lo que pidió a su juicio fue una rebaja del tipo de interés que es diferente de una rebaja del "límite mínimo" que no sabía había pactado, al margen de que la abusividad ya hemos indicado en numerosas ocasiones habrá de examinarse en el momento en que se contrata.

QUINTO. - En virtud de lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, se aplicarán en cuanto a las costas del recurso lo dispuesto en el Art. 394. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que, desestimando el Recurso de Apelación formulado por ABANCA, Corporación Bancaria SA representada por la Procuradora
contra la Sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 203/17 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Marín, la debemos confirmar y confirmamos con imposición de las costas al apelante.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala, Presidente; D. Francisco Javier Valdés Garrido; D^a María Begoña Rodríguez González, ponente y; D. Jacinto José Pérez Benítez.