

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN CUARTA **BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LAUGARREN** **SEKZIOA**

BARROETA ALDAMAR 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016665
Fax / Faxes: 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.02.2-16/000820
NIG CGPJ / IZO BJKN :48013.42.1-2016/0000820

A.p.ordinario L2 / E_A.p.ordinario L2 605/2016 -

L

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de Primera
Instancia nº 6 de Barakaldo / Barakaldoko Lehen Auzialdiko 6
zk.ko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 187/2016 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: BANCO POPULAR ESPAÑOL
S.A.

Procurador/a/ Prokuradorea:GERMAN ORS SIMON

Abogado/a / Abokatua: CARLOS ARANGUREN ECHEVARRIA

Recurrido/a / Errekurritua:

Procurador/a / Prokuradorea: BEATRIZ OTERO
MENDIGUREN

Abogado/a/ Abokatua: JAVIER VIAÑA DE LA PUENTE

S E N T E N C I A N º 311/2017

ILMOS. SRES.

D.ª ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA

D.ª LOURDES ARRANZ FREIJO

D. JOSÉ ÁNGEL ODRIUZOLA FERNÁNDEZ

En BILBAO (BIZKAIA), a veintiséis de abril de dos mil diecisiete.

La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Cuarta, constituida por los Ilmos. Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 187/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Barakaldo, a instancia de **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.** apelante - demandado, representado por el Procurador Sr. GERMAN ORS SIMON y defendido por el Letrado Sr. CARLOS ARANGUREN ECHEVARRIA, contra **D.**

apelado - demandante, representado por la Procuradora Sra. BEATRIZ OTERO MENDIGUREN y defendido por el Letrado Sr. JAVIER VIAÑA DE LA PUENTE; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 20 de junio de 2016.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Fallo de la sentencia de fecha 20 de junio de 2016 del tenor literal siguiente:

"FALLO

Que estimando sustancialmente la demanda formulada por la Procurador de los Tribunales Dña. Beatriz Otero, en nombre y representación de D.

, contra Banco Popular Español S.A, debo declarar y declaro el carácter abusivo, y en consecuencia la nulidad de las cláusulas relativa a la fijación de un límite mínimo del 2,75% en el tipo de interés ordinario aplicable (cláusula suelo) contenida en el párrafo 3 del apartado b de la cláusula 1.4 de la escritura de constitución de hipoteca, así como declaro la nulidad de los párrafos 4 y 5 de la misma cláusula de la escritura, referentes a la aplicación de un tipo de interés sustitutorio, y debo condenar y condeno a Banco Popular Español S.A a pasar por esas declaraciones eliminando y cesando de aplicar en el futuro dichas cláusulas, así como a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente por Banco Popular Español S.A por la aplicación de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013 (sin perjuicio de la posibilidad de recálculo conforme a la doctrina del TJUE de acuerdo a lo expuesto en el Fundamento Tercero), junto con los intereses legales desde la fecha de su cobro y obligando a Banco Popular Español S.A a recalcular y rehacer excluyendo la cláusula suelo los cuadros de amortización del préstamo suscrito, contabilizando el capital que debió efectivamente ser amortizado.

Se condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº **605/16** de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la votación y fallo.

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

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada **D.^a LOURDES ARRANZ FREIJO.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que ha declarado la nulidad de las cláusulas contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de 13 de Diciembre de 2005, suscrito entre el demandante y la entidad bancaria demandada (en las que se recogía un tipo mínimo de interés variable, y se establecía como interés sustitutorio el “IRPH”) se alza esta última, afirmando que el préstamo en el que se incluyeron las cláusulas declaradas nulas fue negociado por los actores, y por ello descarta la condición de condiciones generales de la contratación de las impugnadas.

En lo que se refiere a la transparencia de la cláusula suelo, se sostiene que el demandante conoció perfectamente la existencia del límite mínimo, pues se le hizo entrega de la oferta vinculante, y la gestora declaró que explicó al actor la cláusula suelo.

Por lo que se refiere a la transparencia de la cláusula que regula el interés sustitutorio, se sostiene que la misma es si cabe más transparente, puesto que la empleada del Banco hizo constar en la vista del juicio, que el Banco ofrecía dos tipos de referencia a elección de los clientes, estando más que acreditada la posibilidad de elección.

Finalmente se sostiene que no concurren los requisitos legales, para calificar las cláusulas impugnadas como abusivas.

SEGUNDO.- Es verdad que el art. 1 LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas, pero, como destaca la STS de 9 de mayo de 2013, dicha previsión, expresamente recogida en el art. 1 del proyecto, fue suprimida por entender que la empresa que afirme que una cláusula ha sido objeto de negociación individual asume la carga de la prueba, por lo que, demostrado que determinadas cláusulas se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individualizada, cabe dar por probado que *"las cláusulas impugnadas tienen la consideración de cláusulas destinadas a ser impuestas, de tal forma que, en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse*

probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente”.

La aplicación de estas consideraciones a la lectura de las dos cláusulas enjuiciadas, en virtud de las cuales se fijan los intereses de demora, y el interés sustitutorio, evidencia que estamos ante estipulaciones que no solo se incorporan en un contrato, sino que han sido redactadas de antemano por la entidad financiera, sin que el cliente haya podido influir en su contenido, por más que lo haya podido conocer y, consciente o no de la naturaleza y consecuencias de la cláusula, la acepte en lo que constituye la expresión de un consentimiento voluntario y libre, pero no por ello debidamente formado. Una cosa es conocer la existencia de la estipulación y otra diferente, sobre todo en determinado tipo de negocios complejos, interiorizar la naturaleza, derechos, obligaciones y riesgos que comporta el producto y, por ende, la aceptación del contrato, normalmente determinada por la ausencia de alternativas suficientemente fundadas, bien porque no existan, bien porque el cliente se encuentra en una posición de inferioridad tanto en lo que se refiere al nivel de información como a la capacidad de negociación propiamente dicha.

Y es que la empleada de la entidad Bancaria se limitó a afirmar con carácter general, que se ofertaba la posibilidad de contratar con referencia al Euribor o al IRPH, no existiendo ningún tipo de documento, oferta, contraoferta, correspondencia aceptando o rechazando condiciones que acredite que efectivamente hubo una negociación, en la que los actores tuvieran la posibilidad de decidir, si las cláusulas impugnadas se incorporaban o no a su contrato.

Por tanto, al margen del análisis de la transparencia, no puede cuestionarse que las concretas cláusulas impugnadas son condiciones generales de la contratación, predisuestas e impuestas en una oferta que el cliente se limitó a aceptar.

En conclusión resulta plenamente aplicable la ley de Condiciones Generales de la Contratación, y las cláusulas cuestionadas se someten al doble control de transparencia (control de inclusión, y control de comprensibilidad real), propio de la contratación con consumidores.

TERCERO.- DE LA TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre la transparencia dijo:

"201. En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 y 7 LCGC.

202. Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM

de 5 de mayo de 1994 , garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.

203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC.

215. Sentado lo anterior cabe concluir: a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de efusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay 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 al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas."

En el caso de autos, y como ya hemos dicho, la entidad bancaria apelante argumenta que el demandante conocía perfectamente la existencia del límite al interés variable, atendiendo a que: se le entregó la oferta vinculante; y a que la prueba testifical ha verificado que se le informó de la existencia de los efectos de la cláusula suelo.

Rechazamos este motivo de apelación, porque, como hemos dicho, la prueba de la real y efectiva información sobre el alcance de la cláusula suelo al actor en el proceso de negociación en modo alguno se ha llevado a efecto, puesto que la entidad bancaria no ha desplegado prueba alguna que nos permita concluir que conociese el alcance y la

relevancia de la citada cláusula suelo, en relación con las manifestaciones prestadas por el demandante y las declaraciones de la testigo.

El adherente debe conocer tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuren el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

La cláusula suelo contenida en la escritura de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda, no ha superado el control de transparencia, sin que la entidad bancaria haya desplegado en contra prueba con eficacia probatoria: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. c) No hay 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 al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

En este supuesto, no hay constancia alguna de que el demandante tuviera información suficiente para poder decidir, una vez conocido el real alcance y consecuencias de la cláusula suelo (que no se iban a beneficiar siempre y en todo caso de la minoración del tipo de interés variable) acerca de la suscripción o no del contrato de préstamo hipotecario, remitiéndonos a estos efectos a la valoración del resultado de la prueba que se realiza en la sentencia recurrida, pues ni de la documental, ni de la testifical, y tampoco del hecho de que en la Notaría se le diera lectura a la escritura, puede considerarse probada, la realidad de la información que se dice haber suministrado.

CUARTO.-DE LA TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA QUE FIJA EL INTERES SUSTITUTORIO.

La LCGC, exige que para que las condiciones generales se consideren incorporadas al contrato, sean claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente y que se entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía.

Pues bien en el caso de autos el actor, no tuvo la oportunidad de conocer la cláusula de manera completa al tiempo de celebración del contrato; siendo ello así, porque, si bien en la escritura de subrogación, se pactó que se subrogaba en las condiciones en las que que la deudora, ..., tenía con el entonces denominado Banco de Vasconia, lo cierto es que las condiciones de la subrogación fueron modificadas, sin que conste el motivo alterando su contenido, e introduciendo la cláusula ahora analizada, cláusula que en la oferta vinculante se redacta

de forma confusa, sin que se recojan los supuestos en los que entra en funcionamiento, y tampoco el porcentaje de aplicación, no ajustándose el contenido de dicha oferta, con el contenido de la escritura pública, y sin que en ésta se recoja que la escritura se ajusta a las condiciones de la oferta vinculante, incumpléndose de esa forma el art. 73 de la Orden de 5 de Mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Por tanto en ningún caso se puede afirmar que el actor de tuviera la oportunidad de conocer, con anterioridad a la contratación el contenido íntegro de la cláusula impugnada, y por ello dicha cláusula no supera el primer filtro de transparencia, y su nulidad debe ser ratificada.

QUINTO.- EL CARACTER ABUSIVO.

Del carácter abusivo: I.- La parte apelante sostiene que la cláusula suelo no reúne los requisitos necesarios, ser contraria a la buena fe y causa perjuicio al consumidor por desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato, para afirmar que no ha superado el control de abusividad.

II.- De acuerdo con lo que prescribe el artículo 8 LCGC las condiciones generales que contradigan cualquier norma imperativa o prohibitiva son nulas de pleno derecho (salvo que se establezcan un efecto distinto para el caso de contravención), siendo en particular nulas las que sean abusivas en contrato celebrado con consumidor.

Esta abusividad se concreta (*art. 3.1 de Directiva 93/13 y 82.1 TRLCU*) en que contradiciendo las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor, en un control abstracto que atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha de suscripción del contrato y las previsibles por un empresario diligente a corto/medio plazo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 establece que:

"246. De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores: a) Debe referirse al momento de la litispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes. b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente. c) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación. d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos

en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el IBE "[...] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes".

264. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza".

En base a dicha doctrina jurisprudencial, no prospera este motivo de apelación. Estamos ante una apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, que, por debajo del 2,75% se convierte en un préstamo a tipo fijo, sin correlación con cláusula techo. Se perjudica al cliente en beneficio de la entidad bancaria porque pactando un interés variable se asegura un mínimo como fijo con vocación de permanencia, haciendo que el préstamo hipotecario a interés variable no lo sea en realidad.

Dicho desequilibrio no ha de entenderse en términos económicos, sino en el sentido de real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos de abstracto. Si bien el futuro a medio/largo plazo es imprevisible, los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia dan cobertura exclusivamente a la entidad crediticia y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable (el tipo pasa a ser variable únicamente al alza).

SEXTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena al pago de las costas de la apelación (arts. 394 y 398 de la LEC).

SEPTIMO.- La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

VISTOS los artículos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

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 interpuesto por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. contra la sentencia de fecha 20 de junio de 2016 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Barakaldo, en el procedimiento ordinario nº 187/16 de que el presente recurso dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, condenando al apelante al pago de las costas del recurso.

Transfírase el depósito por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TRIBUNAL SUPREMO, **si se acredita interés casacional**. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 4704 0000 00 0605 16. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente el día 28 de abril de 2017, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.