



Roj: **SAP TF 834/2017 - ECLI: ES:APTF:2017:834**

Id Cendoj: **38038370032017100257**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **3**

Fecha: **19/06/2017**

Nº de Recurso: **748/2016**

Nº de Resolución: **283/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CONCEPCION MACARENA GONZALEZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 86 56

Fax.: 922 208655

Email: s03audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000748/2016

NIG: 3803842120150011862

Resolución: Sentencia 000283/2017

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000214/2016-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 1 (Antiguo mixto Nº 1) de San Cristóbal de La Laguna

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Apelado Natividad Maria Desiree Requena Lopez Taidia Orihuela Quintero

Apelante BANCA CIVICA (ahora CAIXABANK, SA) Manuel Linares Trujillo Ana Jesus Garcia Perez

### **SENTENCIA**

Ilmas. Sras.

Presidenta:

D<sup>a</sup>. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO

Magistradas:

D<sup>a</sup>. MARÍA LUISA SANTOS SÁNCHEZ

D<sup>a</sup>. MÓNICA GARCÍA DE YZAGUIRRE

En Santa Cruz de Tenerife, a diecinueve de junio de dos mil diecisiete.

Visto por las Ilmas. Sras. Magistradas arriba expresadas el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 214/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de La Laguna, promovidos por D<sup>a</sup>. Natividad , representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Taidia Orihuela Quintero, y asistida por la Letrada D<sup>a</sup>. María Desirée Requena López, contra la



entidad mercantil CAIXABANK, S.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Ana Jesús García Pérez, y asistida por el Letrado D. Manuel Linares Trujillo; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY, la presente sentencia.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados el Ilmo. Sr. Magistrado Juez D. Francisco Cabrera Tomás, dictó sentencia el 29 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO: "Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup>. Taidia Orihuela Quintero, en nombre y representación de la actora D<sup>a</sup>. Natividad, contra la entidad demandada CAIXABANK, S.A., debo:

1.- DECLARAR y DECLARO la nulidad de pleno derecho de la cláusula suelo y de la cláusula referida al índice de referencia **IRPH** (Cajas y Entidades) y su sustitutivo (interés legal del dinero), recogidas en la condición TERCERA BIS de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 27.12.2000, aplicadas por la entidad demandada, estableciendo como índice de referencia el EURIBOR + 0,50.

2.- DECLARAR y DECLARO la subsistencia del resto del contrato de préstamo hipotecario.

3.- CONDENAR y CONDENO a la entidad demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, teniendo por no puestas la cláusulas en cuestión, cuya nulidad ha sido declarada.

4.- CONDENAR y CONDENO a la entidad demandada: a) a reintegrar a la actora el importe que resulte en ejecución de sentencia como indebidamente percibido por la entidad demandada desde la aplicación de las citadas cláusulas, con las sencillas bases de tener en consideración el exceso que por intereses remuneratorios ha abonado la parte demandante, teniendo en cuenta lo que habría pagado por tal concepto si las referidas cláusulas no se hubieran aplicado; b) al obligatorio recálculo del cuadro de amortización; y c) al pago de los intereses del importe cobrado indebidamente como consecuencia de la aplicación de la cláusulas declaradas nulas, al tipo legal del dinero desde el cobro de cada cuota, incrementado en dos puntos a partir del dictado de esta sentencia.

5.- Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado, formulándose oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

TERCERO.- Que recibidos los autos en esta Sección Tercera se acordó formar el correspondiente Rollo, personándose oportunamente la parte apelante por medio de la Procuradora D<sup>a</sup>. Ana Jesús García Pérez, bajo la dirección del Letrado D. Manuel Linares Trujillo, la parte apelada se personó por medio de la Procuradora D<sup>a</sup>. Taidia Orihuela Quintero, bajo la dirección del Letrado D. María Desirée Requena López; señalándose para deliberación, votación y fallo el día catorce de junio del año en curso.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO, Magistrada-Presidente de esta Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la primera instancia declara la nulidad de la condición general de la contratación contenida en la estipulación tercera bis, de la escritura de préstamo hipotecario de 27 de diciembre de 2000, dejando sin efecto la misma y condenando a la devolución de las cantidades percibidas por su aplicación y a los intereses, con imposición de las costas a la demandada.

Contra dicha sentencia se alza el recurso de la entidad demandada alegando: 1) error en la valoración de la prueba documental en cuanto a la información facilitada a la actora. La cláusula controvertida supera el doble control de la transparencia. 2) La sentencia contraviene la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en referencia a la retroactividad de la devolución de las cantidades, si bien, estando las actuaciones en esta alzada, desistió de este motivo del recurso.

A dicho recurso se opone la actora pidiendo la confirmación de la sentencia recurrida.

Las partes otorgaron el 27 de diciembre de 2000 una escritura de préstamo hipotecario, de la que debe destacarse que el capital prestado ascendió hasta 72.121 euros, a devolver hasta 2030, pactándose un interés ordinario variable, que se modificaría a la alta o a la baja, anualmente, transcurridos los primeros seis meses. En la cláusula tercera bis se fijó que el interés aplicable durante ese periodo sería del 5,50% nominal, pactándose en la misma cláusula que en lo sucesivo, el interés aplicable sería el resultante de adicionar un diferencial de 0,50 puntos al tipo de referencia, sin que pudiera sobrepasar el 15% ni bajar del 3,95%.



SEGUNDO.- La cuestión a resolver en esta alzada, es la referida a la validez de la denominada "cláusula suelo" incluida en el contrato de préstamo hipotecario.

Los criterios que vinculan el examen de una cláusula contractual predispuesta en un contrato suscrito con un consumidor son, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, por lo que a la cuestión debatida en este recurso atañe: A) control de inclusión y B) Control de transparencia cualificada.

Por lo que se refiere a la primera, control de inclusión, como ya se dijo en la sentencia de esta misma Sección dictada en el Rollo 372/15 "La STS de 23 de diciembre de 2015 señaló: En el examen de la validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de la incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación del adherente, claridad, completitud, legalidad y entrega de un ejemplar, arts. 5 y 7 LCGC) pero con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente. En el caso concreto de las cláusulas suelo, dijimos en la Sentencia 241/2013 de 9 de noviembre , que debe existir una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo del contrato". Y constatamos, en ese y en los demás casos sometidos posteriormente a nuestra consideración, que se daba a la cláusula suelo una relevancia "secundaria": "(las) propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios". La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que "convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euríbor)". Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de la bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente.

B) Control de transparencia cualificada: STS 3 de junio de 2016 . Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y contraprestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo del precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a esas circunstancias concurrentes a la contratación ( sentencias de esta Sala 406/12 , 827/12 , 822/12 , 221/13 , 241/13 , 638/13 , 333/14 , 464/13 , 138/15 , 139/15 , 222/15 y 705/15 ). Como recordábamos en la sentencia 705/15 de 23 de diciembre , ya dijimos en las sentencias 241/13 de 9 de mayo y 138/15 de 24 de marzo , que ese doble control de transparencia consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato: "conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la sentencia 406/12 de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada 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 configuran el contrato celebrado, como en la asignación y distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

3.- Pero ese control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencial del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esa transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate en una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en el que el adquirente no tiene la cualidad legal de consumidor".



TERCERO.- Examinadas las actuaciones a la vista de los motivos del recurso y de las pruebas practicadas, debe aceptarse que la cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes, supera el control de inclusión, al apreciarse que la redacción de la misma cumple con los requisitos establecidos en los arts. 5 y 7 LCGC, porque aparece aceptada por el consumidor y tiene la claridad deseada en su redacción, pues como resulta del literal de la cláusula tercera bis, los intereses aparecen fijados en la misma cláusula.

Sin embargo, no puede aceptarse que dicha cláusula supere el control de transparencia al no quedar constancia probatoria suficiente para estimar superado ese segundo control, referido a que el consumidor llegara a tener constancia de la real carga jurídica y económica del contrato, en el sentido de que contratando un préstamo a interés variable, éste se convirtiera en fijo por aplicación de la mencionada cláusula, ante la reducción precisamente del índice referencial pactado, el euribor, al no constar que la información necesaria al efecto se diera al prestatario con carácter previo a la celebración del contrato y sin que, como pretende la recurrente, pueda considerarse cumplido ese requisito con la información que se dice dada al consumidor antes de la firma del contrato, al no quedar constancia documental de la práctica de las distintas simulaciones que señala que se hicieron al objeto de ilustrar al actor sobre la repercusión que la aplicación de los límites de la variación de los índices pudiera reportarle en la determinación del importe de las cuotas mediante las cuales se debía devolver el préstamo. En definitiva, no consta aportada prueba alguna que determine que la prestataria llegó a tener cabal conocimiento del significado real de esa cláusula que no es otro que la mutación del interés variable contratado en otro fijo predispuesto por la entidad bancaria, ni que, aun en ese caso, tomara conciencia de las evoluciones del índice de referencia en los últimos tiempos y sin que la constancia hecha por el Notario actuante en la escritura de préstamo en las Advertencias Especiales, pueda tener las consecuencias señaladas por la entidad demandada, pues habrá que convenir en que la Notaría no es el lugar adecuado para suministrar la información precontractual, teniendo en cuenta que ante Notario se perfecciona el contrato pero no se negocia. Procediendo por ello, la desestimación del motivo de impugnación.

CUARTO.- No se efectúa expresa imposición de las costas causadas en esta alzada de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 394, primer inciso, y 398 LEC, y con lo señalado por la Sentencia del Tribunal Supremo citada que dispuso.- Pese a la desestimación del recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según permite el art. 394.1, por remisión del art. 398.1 LEC, ya que la resolución adoptada supone un cambio de jurisprudencia respecto de la que se invocaba, correctamente en la fecha de su interposición, en el recurso de casación.

## FALLO

Se desestima el recurso de apelación formulado por la representación de la entidad CAIXABANK SA.

Se confirma la sentencia recurrida.

No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., si se hubiera constituido.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional ( art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél ( Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Una vez firme la presente resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, con testimonio de esta, para su ejecución y cumplimiento, a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al presente Rollo, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Publicada ha sido la anterior sentencia por las Ilmas. Sras. que la firman y, leída ante mí por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en audiencia pública del día de su fecha, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-