



Roj: **SAP GC 1165/2019 - ECLI: ES:APGC:2019:1165**

Id Cendoj: **35016370042019100502**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **4**

Fecha: **03/07/2019**

Nº de Recurso: **1348/2018**

Nº de Resolución: **1036/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ELENA CORRAL LOSADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

Sección: JSA

SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 00

Fax.: 928 42 97 74

Email: s04audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0001348/2018

NIG: 3501642120170020164

Resolución: Sentencia 001036/2019

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0002386/2017-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 6 BIS de Las Palmas de Gran Canaria

Demandante: Angustia ; Abogado: Jose Maria Ortiz Serrano; Procurador: Javier Fraile Mena

Demandante: Juan Alberto ; Abogado: Carmen Josefina Peña Moreno; Procurador: Javier Fraile Mena

Apelante: CAIXABANK SA; Abogado: Jose Maria Marrero Ortega; Procurador: Elisa Colina Naranjo

SENTENCIA

Illtmos. Sres.-

PRESIDENTE: D. Juan José Cobo Plana

MAGISTRADAS: Dña. María Elena Corral Losada (Ponente)

Dña. Margarita Hidalgo Bilbao

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a 3 de julio de 2019;

VISTAS por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia pronunciada por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 6bis de Las Palmas de Gran Canaria en el procedimiento referenciado (Juicio Ordinario 2386/2017) seguido a instancia de D. Juan Alberto y Dña. Angustia, partes apeladas, representadas en esta alzada por el Procurador D. JAVIER FRAILE MENA y defendidas por la Letrada Dña. NAHIKARI LARREA IZAGUIRRE, contra la entidad CAIXABANK, S. A., parte apelante, representada en esta alzada por la Procuradora Dña. ELISA COLINA



NARANJO, y defendida por el Letrado D. JOSÉ MARÍA MARRERO ORTEGA, siendo ponente la Sra. Magistrada Doña María Elena Corral Losada, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 6bis de Las Palmas de Gran Canaria se dictó sentencia en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece lo siguiente:

"Que ESTIMANDO COMO ESTIMO íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Don Javier Fraile Mena, en nombre y representación de Doña Angustia y Don Juan Alberto , contra la entidad CAIXABANK, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Elisa Colina Naranjo, debo DECLARAR y DECLARO:

1.-La nulidad de la cláusula relativa al tipo de interés mínimo (cláusula suelo) contenido en la escritura de préstamo hipotecario suscrita en fecha 19 de julio de 2010, y como consecuencia de ello, condeno a la entidad demandada a restituir a la demandante las cantidades cobradas indebidamente desde la celebración del contrato, así como a abonar los intereses correspondiente desde cada fecha del indebido cobro.

2.- Y todo ello con expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte demandada".

SEGUNDO.- La referida Sentencia, de fecha 13 de abril de 2018 , se recurrió en apelación por la parte demandante, interponiéndose tras su anuncio el correspondiente recurso de apelación por la representación de la entidad CAIXABANK, S. A. Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso alegando cuanto tuvo por conveniente, y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación, y se hizo traslado de la impugnación de sentencia planteada en el escrito de oposición a la apelación a la parte apelante. No habiéndose admitido el recibimiento a prueba en esta alzada, se señaló al efecto día y hora para la vista y deliberación, votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre la nulidad de la cláusula suelo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015 (D. Rafael Sarazá Jimena) sienta la siguiente doctrina:

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015 (D. Rafael Sarazá Jimena) sienta la siguiente doctrina:

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- "Cajasur Banco S.A.U." (en lo sucesivo, Cajasur) ha recurrido en casación la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba que desestimó su recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado Mercantil que estimó en parte la demanda interpuesta por "Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios, Ausbanc Consumo" en la que ejercitaba una acción colectiva de cesación de la condición general de la contratación que Cajasur utilizaba en sus préstamos hipotecarios a interés variable, y que era del siguiente tenor: "Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada periodo no podrá ser inferior al [en unos préstamos era el 3%, en otros, el 4%] nominal anual ni superar el 12% nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos". La cláusula cuestionada se encontraba incluida en una extensa estipulación de la escritura pública que contenía varias previsiones relativas al tipo de interés inicial, índice de referencia y diferencial, forma y plazos de revisión del tipo de interés e índices de referencia sustitutivos.

2.- El Juzgado Mercantil había apreciado la nulidad de la condición general, y condenó a Cajasur a eliminarla de sus contratos de préstamo y a abstenerse de utilizarla de nuevo. Acordó asimismo la publicación del fallo de la sentencia y su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

3.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación que Cajasur interpuso contra la sentencia del Juzgado Mercantil, para lo cual aplicó la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 mayo (en lo sucesivo, sentencia núm. 241/2013), que había sido dictada pocos días antes.

4.- El recurso de casación de Cajasur se basa en cuatro motivos. Alega que la sentencia de esta Sala núm. 241/2013 , que declaró la nulidad de determinadas condiciones generales de la contratación que contenían la



denominada "cláusula suelo", por falta de transparencia, y en la cual se basaba la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, es errónea y que sus criterios deben ser revocados. De hecho, el interés casacional que alega para justificar la admisibilidad del recurso es la pretensión de modificación de la jurisprudencia. Por ello, dedica tres de los cuatro motivos de casación a combatir las razones de los pronunciamientos contenidos en la sentencia núm. 241/2013, para que esta Sala las rectifique o, cuanto menos, plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE). En el cuarto motivo plantea que, en el caso de que no se estimen los tres motivos anteriores, se considere que la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba objeto del recurso vulnera los criterios establecidos en la sentencia núm. 241/2013, por cuanto se limita a transcribir acríticamente algunos de sus argumentos, y no ha razonado si hay otros aspectos en esta litis que eliminen los aspectos declarados abusivos en la citada sentencia de esta Sala.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza así: "la sentencia recurrida infringe el artículo 80.1 TRLCU por incluir en él un deber de transparencia inexistente en nuestro ordenamiento jurídico".

2.- Los argumentos que fundamentan este motivo pueden resumirse en que el control de transparencia de las condiciones generales y cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores que la sentencia núm. 241/2013 enuncia como distinto y añadido al control de inclusión, configurándose como un doble filtro de transparencia, carece de base jurídica tanto en nuestro ordenamiento interno como en el comunitario, puesto que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva 93/13/CEE), en sus arts. 4.2 y 5, no establece la obligatoriedad del control de transparencia, ni tampoco se establece en ningún pronunciamiento del TJUE. Por ello, alega la recurrente, no existe una exigencia de interpretación del ordenamiento interno conforme a la Directiva que imponga ese control de transparencia, sin perjuicio de que los Estados Miembros puedan optar por establecerlo al transponer la Directiva 93/13/CEE, lo que no sucede en el caso del art. 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLCU). De lo anterior se deriva, según Cajasur, que al declarar que las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato pueden ser enjuiciadas a través del control de transparencia que asegure su comprensibilidad o comprensión real por el consumidor adherente, el Tribunal Supremo, en la citada sentencia núm. 241/2013, hace una labor de creación judicial del Derecho, que no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico, y no una labor de hermenéutica jurídica, que es la única que podría realizar el órgano judicial. Concluye Cajasur que la afirmación contenida en la sentencia núm. 241/2013 de que una cláusula en un contrato concertado con consumidores no es transparente si no se asegura su comprensibilidad real, de modo que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que para él supone realmente el contrato celebrado como la posición jurídica que para él resulta de dicho contrato, es un sugerente postulado "de lege ferenda" [para una futura reforma de la ley] pero no se deriva de ningún precepto vigente ni de ningún pronunciamiento del TJUE.

TERCERO.- Decisión de la Sala.

Fundamento jurídico del control de transparencia

1.- Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo", puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre.

2.- La recurrente alega que este control de transparencia carece de base jurídica y responde al mero voluntarismo de la Sala, pues no tiene anclaje en ninguna norma, nacional o comunitaria europea, ni en la jurisprudencia del actualmente denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). La Sala no comparte esta apreciación de la recurrente.

3.- El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". La sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al



posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio.

En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, "conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, 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 o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, "la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas.

Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad ("la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"), 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 con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

4.- La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, y citaba a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer "de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste".

5.- La STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C- 26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que "la



exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical" (párrafo 71), que "esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva" (párrafo 72), que "del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo" (párrafo 73), y concluir en el fallo que "el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , cuyo párrafo 74 declara: "de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282 , apartado 73)".

6.- Lo expuesto lleva a la desestimación de este motivo del recurso. La Sala, en la sentencia núm. 241/2013, no ha realizado una labor de "creación judicial del Derecho" que exceda de su función de complemento del ordenamiento jurídico que le asigna el art. 1.6 del Código Civil , sino que ha interpretado la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, tal como esta ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE. No procede por tanto el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, por cuanto que el mismo ya ha dictado varias sentencias en las que fija con claridad el alcance del control de transparencia que resulta de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE .

CUARTO.- Formulación del segundo motivo del recurso de casación

1.- El segundo motivo del recurso de casación se encabeza del siguiente modo: "aceptando dialécticamente que el artículo 80.1 TRLCU incorpora un deber de transparencia de cláusulas no negociadas individualmente con consumidores, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, objeto de este recurso de casación vulnera el artículo 80.1 TRLCU, al considerar no transparentes las cláusulas suelo con base en los criterios enunciados en la sentencia de 9 de mayo de 2013".

2.- Los argumentos que se alegan para fundamentar el motivo son, resumidamente, que los criterios enunciados en la sentencia núm. 241/2013 para declarar la falta de transparencia de las cláusulas suelo son incorrectos, pues infravaloran indebidamente muchos elementos de la normativa vigente y de la práctica actual generalizada, como son los requisitos establecidos en la Orden de 5 de mayo de 1994 y el deber de advertencia notarial.

Alega la recurrente que algunos hechos o conductas en que se basa la conclusión de falta de transparencia no se deben a la voluntad o capricho de las entidades financieras sino que estas venían obligadas a ello por la Orden de 5 de mayo de 1994, como es el caso de que las cláusulas suelo se contengan junto a las cláusulas techo, que venía impuesto dicha Orden. Asimismo, afirma el recurso, la sentencia parte de un determinado sesgo en la valoración, derivado de los bajos tipos de interés de los últimos años, pues valora la falta de transparencia únicamente sobre la coyuntura económica de los años más recientes.

Cajasur considera erróneos los criterios tomados en consideración por la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 241/2013 para declarar la falta de transparencia de las cláusulas suelo, como ocurre con la afirmación de que se crea una apariencia falsa de estar ante un contrato de interés variable, dada la duración de los préstamos hipotecarios y la imposibilidad de prever la evolución de los tipos de interés; la afirmación de que falta información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato y sin embargo se les dio un tratamiento impropiaamente secundario, puesto que tal afirmación se basa exclusivamente sobre la apreciación del informe del Banco de España sobre cuál era la preocupación de los clientes al contratar, el importe inicial de la cuota, y no se valoran las consecuencias de la Orden Ministerial



de 5 de mayo de 1994 ni el deber de advertencia del notario; la afirmación de que se crea una apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo, puesto que la normativa sectorial impone que la cláusula de limitación de los tipos de interés contenga tanto las limitaciones a la baja como al alza; la afirmación de que se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las empleadas por el BBVA, pues es consecuencia ineludible de la exigencia de exhaustividad y de la contratación en masa, e infravalora el alcance de la oferta vinculante y la advertencia notarial; la afirmación de que faltan simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, y la inexistencia de advertencia clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad, puesto que tales simulaciones fueron meras recomendaciones del Banco de España en el informe que realizó para el Senado en 2010 y es imposible concebir simulaciones que cubran siquiera una pequeña parte de los escenarios posibles. Y, por último, alega Cajasur que el control de transparencia con base en los criterios expresados en la sentencia solo puede ser apreciada caso por caso, dada la concomitancia con el error vicio del consentimiento.

QUINTO.- Decisión de la Sala.

Corrección de los criterios empleados en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 241/2013 para aplicar el control de transparencia

1.- Una vez sentado que la denominada "cláusula suelo" debe ser objeto de un control de transparencia que vaya más allá del control de incorporación, que verifique que la información suministrada permite al consumidor saber que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y puede incidir de forma importante en el contenido de su obligación de pago, y que el adherente puede tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega en la economía del contrato, ha de abordarse la impugnación que el recurso hace de los criterios empleados por la sentencia recurrida, en tanto que esta asume la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, para verificar si se ha cumplido esa exigencia de transparencia.

2.- La doctrina sentada en la sentencia núm. 241/2013 no infravalora la normativa vigente cuando se interpuso la demanda, y en concreto la Orden de 5 de mayo de 1994, sino que le otorga la trascendencia adecuada, que es la de garantizar 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 Euríbor.

Pero el cumplimiento de las prescripciones de dicha norma no garantiza, por sí solo, la necesaria transparencia de las condiciones generales que recogen la cláusula suelo, de modo que el consumidor adherente pueda hacerse una idea cabal y suficiente de las importantes consecuencias económicas que puede tener la inserción de dicha cláusula.

Las referencias que el recurso hace a la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011 y a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, no pueden ser tomadas en consideración, puesto que no estaban en vigor cuando se emplearon las condiciones generales cuestionadas; es más, son posteriores a la presentación de la demanda.

3.- Tampoco se infravalora la actuación del notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario. Como se afirmó en la sentencia de esta Sala, de Pleno, núm. 464/2014, de 8 de septiembre, "sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia". Debe tomarse en consideración que el art. 84 TRLCU solo prevé que el notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Y que el art. 7. 3. 2. c) de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, al prever que el notario advertirá sobre los "[.] límites a la variación del tipo de interés", establece que "en particular cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes". Y, como se declaró en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, la razón de considerar abusiva las condiciones generales que establecían la cláusula suelo, objeto de aquella sentencia, no era el desequilibrio entre el suelo y el techo, sino la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajaría el tipo de interés variable pactado.



Por último, la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada.

4.- No es correcta tampoco la afirmación que realiza el recurso en el sentido de que la normativa sectorial impone que la cláusula de limitación de los tipos de interés contenga tanto las limitaciones a la baja como al alza, sin que la recurrente haga más precisiones al respecto. El apartado 3 del anexo II de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 impone que cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites en términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo, cuando puedan expresarse así al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo, o de cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho. No impone, por tanto, que "suelo" y "techo" se incluyan en una misma cláusula, y menos aún que se haga creando la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

5.- Tampoco la exigencia de exhaustividad en la información y la contratación en masa justifica, como alega el recurso, que no pueda darse la información sobre un elemento esencial del contrato, en cuanto que conformador del precio, con un tratamiento adecuado a tal carácter y de un modo que permita al consumidor hacerse una idea adecuada de las consecuencias económicas que dicha cláusula puede suponer para él, de modo que pueda hacer una comparación adecuada con otras ofertas de préstamos teniendo en cuenta no solo el importe del diferencial que debe sumarse al índice de referencia, sino también la existencia o no de un suelo por debajo del cual nunca bajará el tipo de interés, y conocer adecuadamente su posición jurídica y económica derivada del contrato que suscribe.

6.- En cuanto al "sesgo" que el recurso atribuye al enjuiciamiento del tribunal, que se dice influenciado por las circunstancias económicas más recientes, no deja de ser una opinión personal de la recurrente, que como tal difícilmente puede ser combatida si no es negando que se haya adoptado algún "sesgo" inadecuado por la Sala. Simplemente se ha constatado el perjuicio que la inserción de dicha condición general, de forma no transparente, supone para el consumidor adherente cuando como consecuencia de la fuerte bajada de los tipos de referencia, el interés que paga por el préstamo hipotecario es superior al que resultaría de la aplicación de los diferenciales, más altos, ofertados por entidades financieras competidoras, que no incluían en los clausulados de sus préstamos la llamada "cláusula suelo", de un modo que no pudo ser previsto al contratar por la falta de transparencia en la inserción de la condición general en el contrato. La afirmación contenida en el recurso acerca de la "imposibilidad" de hacer simulaciones de escenarios diversos se contradice con la afirmación de que el propio Banco de España, en el informe que presentó al Senado, proponía que se hicieran, y carece de un fundamento razonable. El recurso también niega que mediante la utilización de estas cláusulas de modo no transparente se cree una falsa apariencia de préstamos a interés variable. El argumento tampoco se acepta, puesto que la explicación dada en la sentencia acerca del tratamiento secundario dado a la cláusula suelo y la falta de información adecuada sobre su trascendencia económica en el desenvolvimiento de la relación contractual justifica tal afirmación. Otras consideraciones del motivo del recurso se refieren a la disconformidad con la valoración de distintos elementos fácticos y pruebas, que muestran simplemente que la recurrente no comparte la decisión adoptada por el tribunal, pero que no constituyen propiamente la alegación de una infracción legal sustantiva que pueda ser rebatida por la Sala al resolver el recurso de casación. En todo caso, el recurso de casación tiene por objeto la revocación de la decisión adoptada en la sentencia recurrida como consecuencia de la denuncia de las infracciones legales que hayan podido cometerse en su fundamentación, pero no la discusión de todos y cada uno de los razonamientos contenidos en la sentencia recurrida (es más, en este caso, en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en la que se basa la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, pues se llega a impugnar razonamientos de la sentencia de esta Sala que la sentencia de la Audiencia Provincial no recoge expresamente), incluso aunque no puedan considerarse como esenciales para la decisión del litigio, en el sentido de que, aceptada su incorrección, el fallo hubiera sido otro.

7.- Por último, la alegación de que el control de transparencia con base en los criterios expresados en la sentencia solo puede ser apreciado caso por caso, no se comparte, porque es incompatible con la regulación que tanto el Derecho interno como el comunitario hacen de la acción colectiva. Las acciones colectivas tienen una destacada importancia en el control de las cláusulas abusivas utilizadas en contratos concertados con consumidores, como resulta de los arts. 12 y siguientes LCGC y 53 y siguientes TRLCU, complementados por los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el ejercicio de las acciones colectivas, los efectos de las sentencias que los resuelven y su ejecución, que responden a las exigencias de art. 7 de la ya citada Directiva 93/13/CEE, y de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, y con anclaje constitucional en el art. 51.1 de la Constitución .



De acuerdo con la tesis mantenida en el recurso, nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores porque sería incompatible con tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería.

El control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartados 148, 152 y 253 de la sentencia núm. 241/2013) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia).

Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1).

La posibilidad de tal control abstracto se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa. Siguiendo los argumentos del recurso, no podrían ejercitarse acciones colectivas en materia de publicidad engañosa, o tampoco serían posibles enjuiciamientos que supusieran la formulación de juicios de valor abstractos de cuestiones tales como la confusión marcaria o constitutiva de competencia desleal, dadas las diferencias en la percepción de las ofertas publicitarias, los signos distintivos o las presentaciones de productos que pueden producirse entre los distintos receptores de tales comunicaciones y que obligarían a realizar el enjuiciamiento caso por caso.

SEXTO.- Formulación del tercer motivo del recurso

1.- El enunciado que encabeza el tercer motivo del recurso es el siguiente: "aceptando dialécticamente que el artículo 80.1 TRLCU incorpora un deber de transparencia de cláusulas no negociadas individualmente con consumidores y que la transparencia de las cláusulas suelo debe ser examinada con base en los criterios expuestos en la sentencia de 9 de mayo de 2013, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba objeto de este recurso de casación vulnera el artículo 80.1 TRLCU al considerar abusivas las cláusulas suelo con base en los criterios de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

2.- Los argumentos que se exponen en el recurso para fundar este motivo son, resumidamente, que la sentencia núm. 241/2013 formula un criterio de imposible verificación al mencionar como criterio que debe tomarse en consideración para enjuiciar el carácter abusivo de una condición general "la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo". También considera erróneo que se afirme que "es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia", pues habría que tomar en consideración lo ocurrido durante los años en que la cláusula se haya utilizado. Cajasur, en su recurso, critica también que el juicio de abusividad quede diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula suelo no transparente sea abusiva. Considera por último la recurrente que sin la aplicación de la cláusula suelo los tipos medios aplicables a la cartera hipotecaria habrían sido muy altos, y que las cláusulas suelo utilizadas en España no son desproporcionadas, exponiendo una serie de datos sobre el tipo medio de los suelos hipotecarios, su relación con el interés legal del dinero, la inflación y el coste medio de préstamo hipotecario a tipo variable en el resto de Europa, así como sobre la función económica de las cláusulas suelo y la repercusión económica de dejar de aplicarlas.

SÉPTIMO.- Decisión de la Sala.

Falta de transparencia y carácter abusivo de la condición general

1.- La toma en consideración, como criterio general para enjuiciar el carácter abusivo de una condición general, de "la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo" no es contrario al ordenamiento jurídico. Podrá cuestionarse si en un caso concreto es posible prever esa evolución, y con qué alcance, pero no que ese pronóstico de evolución de las circunstancias relevantes en la contratación sea una cuestión sin importancia y no deba considerarse como un criterio general en dicho enjuiciamiento. Por otra parte, que el enjuiciamiento abstracto de la validez de una condición general ha de hacerse teniendo en cuenta el momento de la litispendencia no supone que no se tome en consideración la evolución de las circunstancias relevantes acaecida hasta ese concreto momento, como de hecho se hace en la sentencia núm. 241/2013.

2.- La crítica que se formula acerca de que el juicio de abusividad queda diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula suelo no transparente es abusiva, no se considera correcta.



La sentencia núm. 241/2013 afirma que "la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas" (apartado 250). Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente.

Pero no es ese el supuesto de las llamadas "cláusulas suelo".

La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con "cláusula suelo" en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.

Como decíamos en la sentencia núm. 241/2013, apartado 218, "la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor".

3.- Las consideraciones sobre la función económica de las cláusulas suelo y de los efectos de eliminación práctica que se hacen en la última parte del motivo del recurso no pueden justificar la estimación del recurso, sin perjuicio de que en la sentencia núm. 241/2013 fueran tomadas en consideración para fijar los efectos de la nulidad declarada.

Por otra parte, no puede olvidarse que la sentencia núm. 241/2013 consideró que "las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos". Por tanto, la sentencia no niega la licitud, en abstracto, de la cláusula suelo, sino que afirma su carácter abusivo cuando, pese a superar el control de inclusión, no es transparente en el sentido que se ha explicado.

OCTAVO.- Formulación del cuarto motivo del recurso

1.- El motivo cuarto se encabeza con el siguiente enunciado: "la sentencia recurrida infringe la doctrina establecida en una sentencia de Pleno de la Sala 1ª TS de 9 de mayo de 2013, en dos criterios o máximas: "1ª) El "casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de información", obliga a ceñir la eficacia de los pronunciamientos" a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos" (apartado 300 de la sentencia de 9 de mayo de 2012). "

2ª) "Las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo" (auto de aclaración de 3 de junio de 2013)".

2.- El motivo se fundamenta en que la sentencia de la Audiencia Provincial ha desestimado el recurso de apelación sobre la base de limitarse a citar o transcribir determinados pronunciamientos de la sentencia núm. 241/2013, sin incluir ninguna consideración o razonamiento propios del caso enjuiciado. Ello supondría una palmaria infracción jurídica sustantiva porque no se ha razonado si hay o no otros aspectos en las cláusulas objeto del litigio que eliminen los aspectos declarados abusivos en las cláusulas enjuiciadas por la sentencia núm. 241/2013, infringiendo la doctrina establecida en esta, lo cual debería llevar a casar la sentencia y fallar como órgano judicial de instancia, a cuyo efecto se debería permitir a la recurrente hacer las alegaciones sobre aspectos fácticos, con la proposición de las correspondientes pruebas, y sobre los aspectos jurídicos para realizar el enjuiciamiento correspondiente.

NOVENO.- Decisión de la Sala.

Inexistencia de la infracción denunciada.

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial expone cuál es la doctrina contenida en la sentencia, del Pleno de esta Sala, núm. 241/2013, y a continuación acomete la tarea de aplicarla al caso sometido a su consideración. En varios de sus pasajes, hace mención a la similitud entre el supuesto enjuiciado en la sentencia núm. 241/2013 y el resuelto por la Audiencia, así como, más concretamente, la similitud de las propias cláusulas suelo enjuiciadas. Estas menciones constituyen una motivación adecuada de la aplicabilidad de la doctrina de



la sentencia núm. 241/2013 al supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial. La sentencia recurrida realiza también una serie de consideraciones en las que traslada la doctrina sentada en la citada sentencia de esta Sala al supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial, como es que en el caso enjuiciado falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma, no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, y no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

2.- Lo expuesto muestra que la Audiencia Provincial no se ha limitado, como pretende Cajasur, a trasladar acríticamente la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala, sin tomar en consideración las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, sino que ha justificado la aplicación de distintos razonamientos de tal sentencia porque los supuestos sobre los que se pronuncian ambas sentencias son similares, y concurren las circunstancias fácticas más importantes que determinaron la declaración por esta Sala de la nulidad de la condición general que contenía la llamada "cláusula suelo" por falta de transparencia determinante de su carácter abusivo. Por tales razones, el motivo debe ser desestimado. "

Expuesta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y aplicando la misma al caso presente, la entidad demandada, CAIXABANK, S.A. no ha acreditado mediante los documentos aportados con la contestación a la demanda, el cumplimiento de las exigencias de transparencia impuestas por la referida doctrina jurisprudencial, esto es, que DOÑA Angustia y D. Juan Alberto recibieran una información exhaustiva que les permitiera hacerse una idea adecuada de las consecuencias económicas que la cláusula suelo podía suponer para ella, de modo que pudiera hacer una comparación adecuada con otras ofertas de préstamos teniendo en cuenta no solo el importe del diferencial que debe sumarse al índice de referencia, sino también la existencia o no de un suelo por debajo del cual nunca bajará el tipo de interés, y conocer adecuadamente su posición jurídica y económica derivada del contrato que suscribe.

Y esta obligación que la demandada tenía como entidad financiera de ningún modo puede quedar suprimida ni atenuada por el hecho de que la llamada "hipoteca joven" fuera difundida y comercializada por el Instituto de la Vivienda, ni tampoco porque en dicha "hipoteca joven" se ofrecieran a los futuros clientes mejores condiciones que las hipotecas habituales. La entidad financiera era quien suscribía la hipoteca y dicha entidad era quien debió cumplir las exigencias de transparencia impuestas por la referida doctrina jurisprudencial.

En modo alguno se ha acreditado, siquiera, que no hubiera sido posible conseguir una hipoteca sin tipo fijo mínimo y mejores condiciones a los consumidores que suscribieron el contrato, ni, como se ha dicho, que se les hubiera dado la información necesaria, comparativa de escenarios razonablemente previsibles de la hipoteca y de otros productos del mercado.

Es por ello que, entendiendo que esa falta de transparencia provocó un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, procede decretar la nulidad de la cláusula suelo.

En el recurso se alega error en la valoración de la prueba pretendiendo que era suficiente información la sujeción al convenio y la ofrecida en la oferta vinculante, desconociendo interesadamente la recurrente que se requiere una información específica sobre las consecuencias económicas que la firma de la cláusula suelo supone frente a la firma de un préstamo que sí sea a interés variable atendiendo la información de que dispusiera la entidad de crédito sobre previsible evolución de los tipos de interés y frente a la firma de otro tipo de préstamo. Es esa falta de información sobre las consecuencias económicas de la introducción de la cláusula suelo en relación al comportamiento del préstamo sin ella la que hace que no se cumpla el control de transparencia por abusividad y que se produzca desequilibrio para el consumidor, por lo que rechazados los motivos del presente recurso, debe ser desestimado el mismo totalmente.

No existen razones tampoco que justifiquen la no imposición de costas a la entidad de crédito vencida en juicio, conforme al general principio del vencimiento establecido en el art. 394 de la LEC .

Por cuanto antecede, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia, con expresa imposición de costas a la parte apelante, tal como prescribe el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no apreciarse en el caso serias dudas de hecho o de derecho.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS



Que se debe desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CAIXABANK, S.A. contra la sentencia de fecha 13 DE ABRIL DE 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 bis de Las Palmas de Gran Canaria en autos de juicio ordinario 2386/2017, confirmando dicha resolución, con expresa imposición de costas al apelante.

Contra esta sentencia podrán las partes legitimadas interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en los casos del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; o el recurso de casación, en los del artículo 477. El recurso se interpondrá ante este Tribunal en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, y será resuelto por la Sala Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Final decimosexta.

La SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, en Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, adoptó un "Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal".

<http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/02/Acuerdos-criterios-de-admision-2-2017.pdf>

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha. Certifico.