



Roj: **SAP TF 1694/2018 - ECLI:ES:APTF:2018:1694**

Id Cendoj: **38038370042018100308**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **4**

Fecha: **07/09/2018**

Nº de Recurso: **708/2017**

Nº de Resolución: **326/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **EMILIO FERNANDO SUAREZ DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 94 19-20

Fax.: 922 34 94 18

Email: s04audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000708/2017

NIG: 3803842120160013385

Resolución: Sentencia 000326/2018

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000939/2016-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Santa Cruz de Tenerife

Apelado: Rebeca ; Abogado: Carolina Garcia Santos; Procurador: Sonia Gonzalez Gonzalez

Apelante: CAIXABANK S.A.; Abogado: Vanessa Aucejo Sancho; Procurador: Ana Jesus Garcia Perez

SENTENCIA

PRESIDENTE

DON PABLO JOSÉ MOSCOSO TORRES

MAGISTRADOS

DON EMILIO FERNANDO SUÁREZ DÍAZ (PONENTE)

DOÑA PILAR ARAGÓN RAMÍREZ

En Santa Cruz de Tenerife, a 7 de septiembre de 2.018.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los/as Sres/as. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO UNO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, en los autos núm. 939/2016, seguidos por los trámites del juicio ordinario, sobre nulidad contractual y promovidos, como demandante, por DOÑA Rebeca , representada por la Procuradora Doña Sonia González González y dirigida por la Letrada Doña Carolina García Santos, contra CAIXABANK, S.A., representada por la Procuradora Doña Ana Jesús García Pérez y dirigida por la Letrada Doña Vanessa Aucejo Sancho, ha pronunciado la presente sentencia, siendo Ponente el Magistrado DON EMILIO FERNANDO SUÁREZ DÍAZ, con base en los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la Sra. Magistrada-Juez, Doña Raquel Alejano Gómez, dictó sentencia el día diecinueve de septiembre de dos mil diecisiete, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta

por la Procuradora Dña. Sonia González González en nombre de Dña. Rebeca, contra la entidad Caixabank SA, debo declarar y declaro: 1.- La nulidad de la estipulación referente a la "clausula suelo", inserta en el contrato de préstamo suscrito por el actor y la demandada el 17 de enero de 2008 en virtud de la cual se fijó como límite mínimo a la variación de los tipos de interés un 2,75% todo ello manteniéndose la vigencia del resto contrato, en todos sus términos, sin la aplicación de ningún límite mínimo del tipo de interés. 2.- Debo condenar y condeno a la entidad demandada a restituir a la actora las cantidades que se hayan cobrado de más mediante la aplicación de dichas clausulas desde la incorporación al contrato de las mismas, todo ello a determinar en ejecución de sentencia mediante la realización de los siguientes cálculos: a) cálculo matemático consistente en restar a las cantidades realmente abonadas desde la suscripción del contrato, las que se deberían haber abonado conforme a la clausula cuya vigencia se mantiene, sin clausula suelo, con todos los efectos a ello inherentes en cuanto a la modificación del capital pendiente de amortización y la realización de las revisiones sucesivas, así como los intereses de las cantidades abonadas de más desde el momento de su pago hasta su devolución por aplicación del tipo de interés legal del dinero, condenando a la entidad demandada igualmente a realizar un nuevo cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable sin la aplicación de la clausula suelo. 3.- Sin declaración en costas."

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día 6 de septiembre del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Entrando a analizar los motivos de fondo del recurso, y en lo que se refiere a la nulidad de la cláusula suelo, procede confirmar la sentencia dictada en primera instancia por sus propios fundamentos (que se dan por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones), que no han sido desvirtuados por las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso. En este sentido, el Tribunal Supremo mantiene (por ejemplo, en Autos de fecha 31 de julio de 2007, 14 de abril de 2.009 y 8 de enero de 2.013, amparando su decisión en sentencias del Tribunal Constitucional números 174/87, 24/96 y 115/96), que "no son incongruentes ni faltas de motivación las sentencias que se remiten a la fundamentación del órgano "a quo", cuando éste ha resuelto todas las cuestiones ventiladas en el pleito".

Todas las cuestiones planteadas en el recurso fueron acertadamente tratadas y resueltas por el tribunal de primera instancia.

Si bien en la segunda instancia es factible realizar un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa, no puede olvidarse que en aquellos aspectos en que el objeto del recurso se refiere a

la valoración de la prueba efectuada por el tribunal "a quo", el juez, que ha gozado de la facultad de practicar esas pruebas con total inmediación, tiene elementos más reales y fundados -privilegiados- para su mejor apreciación y valoración.

Así, en el presente caso, el análisis del material probatorio efectuado por el tribunal de primera instancia no sólo es amplio y detallado, sino acertado en sus conclusiones jurídicas. No obstante, para dar una respuesta completa a las cuestiones planteadas en el recurso procede hacer algunas consideraciones.

SEGUNDO.- La aparte apelante insiste en la claridad con que fue redactada dicha cláusula, pero si bien ello pudiera ser cierto en un análisis en que no se tuviera en cuenta el contexto en que fue insertada, no lo es cuando dicha cláusula se inserta dentro de la maraña de supuestos que regulan los intereses ordinarios (en el párrafo correspondiente se dice que los tipos de interés no podrán llegar a ser superiores al 5,950% ni inferiores al 2,750%), y es por ello que resulta enmascarada entre las mismas como si fuera un apartado más de la



regulación de la remuneración del préstamo, cuyos intereses se pactan a un tipo variable, cuando en realidad se está introduciendo un tipo inferior fijo, y generando la ilusión de que la cláusula techo es justa contraprestación por la inclusión de una cláusula techo, cuando en realidad no es así, pues el análisis de los meses anteriores a la fecha del contrato (17-01-08) refleja que el índice de referencia pactado estuvo por debajo del suelo pactado, mientras que nunca se alcanzó el techo.

Sobre la información facilitada al usuario, se insiste en la entrega de los folletos explicativos y en que el prestatario se acogió a un convenio firmado por varias entidades bancarias, entre ellas la demandada, con el Gobierno de Canarias, denominado popularmente "hipoteca joven", optando por las condiciones ofrecidas por dicho convenio, por lo que el demandante conocía el contenido de la cláusula suelo.

Como se argumenta, para superar lo que denomina segundo control de transparencia, el Tribunal Supremo (STS de 9 de mayo de 2.013) señala que 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 conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega y puede jugar en la economía del contrato.

Si esto es así, la entidad bancaria no ha acreditado que se diera al consumidor una información cumplida sobre estos aspectos, pues la existencia de los clásicos folletos o trípticos informativos no acredita que estos le fueran entregados y explicados al cliente, sin que el testimonio de un testigo, empleado de dicha entidad, sea suficiente al respecto, y sin que pueda escudarse en la adhesión del demandante a las condiciones de la llamada "hipoteca joven", pues ello ni aporta ni añade ni quita nada, ni releva a la entidad bancaria de la obligación de dar la información más arriba detallada, pues es con el Banco con quien contrata el cliente no con el Gobierno de Canarias. En este sentido, no se ha explicado cuál es la información que aporta a la persona que va a suscribir un préstamo hipotecario optando por adherirse a ese convenio que suponga un mayor conocimiento acerca de los términos en que el Tribunal Supremo exige que se facilite información sobre la cláusula suelo al usuario, ni con que expertos cuenta la llamada Bolsa Joven o Hipoteca Joven Canaria, que estén preparados

para informar al peticionario de las consecuencias económicas que le supondrá aceptar ese tipo de cláusulas.

En este sentido, el ATS nº ROJ 3190/2.018, de 4 de abril del presente año inadmite a trámite los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la entidad Caja Siete, Caja Rural SCC contra una sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en el que la recurrente en casación argumentaba que dicha sentencia contraviene la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a los requisitos exigibles para determinar la validez o nulidad de una cláusula suelo habida cuenta que en el caso concreto el préstamo fue suscrito en el marco de un convenio suscrito con el Gobierno de Canarias. La resolución del Tribunal Supremo hace referencia a la STS 649/2.017, de 29 de noviembre, de la que destaca los siguientes aspectos: (i) la autoría material de la cláusula es indiferente dado que lo relevante es su utilización e incorporación a una serie de contratos, (ii) no puede aceptarse que la imposición viniera determinada por la administración pues se trataba de un pacto de mínimos, es decir, que las entidades financieras tenían que ofrecer a los clientes, como mínimos, las condiciones que figuraban en el convenio, pero nada impedía que ofrecieran condiciones más ventajosas.

Así pues, lo relevante no es la inclusión de la cláusula suelo, que como tantas veces se ha dicho no es ilícita en sí misma, sino que la misma debía ser transparente, lo que no viene determinado por el Convenio marco, sino por la manera en que efectivamente se incluyera en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor y por el modo en que se informara a éste de sus consecuencias jurídicas y económicas.

Por otra parte, tampoco el notario puede sustituir la labor informativa que debe llevar a cabo el empresario que contrata con un consumidor, pues el notario se limita a leer la escritura resaltando los aspectos que le parecen más interesantes, pero sin llegar a facilitar información alguna sobre las consecuencias económicas de la aceptación de la cláusula suelo y el coste económico que esos límites conllevan para el cliente.

Por último, procede añadir que la abusividad de la cláusula suelo no se fundamenta principalmente en la falta de equilibrio o de reciprocidad de prestaciones (a lo que se alude como elemento coadyuvante: falso techo) sino sobre el control de transparencia.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC las costas del recurso se impondrán a la parte que haya visto desestimadas todas sus pretensiones impugnatorias.

FALLO



Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad Caixabank S.A., se confirma la sentencia dictada en primera instancia, con imposición de las costas de dicho recurso a la parte apelante, y con pérdida del depósito que haya constituido para recurrir.

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se interpondrá ante esta Sección de la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde su notificación.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ