



Roj: **SAP TF 1852/2015 - ECLI:ES:APTF:2015:1852**

Id Cendoj: **38038370032015100240**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **3**

Fecha: **18/09/2015**

Nº de Recurso: **190/2015**

Nº de Resolución: **255/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PADILLA MARQUEZ**

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

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000190/2015

NIG: 3803842120140004748

Resolución: Sentencia 000255/2015

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000257/2014-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Santa Cruz de Tenerife

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Apelado Alicia Maria Adela Perez Baez Maria Luisa Hernandez Bravo De Laguna

Apelante CAJASIETE, CAJA RURAL S.C.DE CREDITO Juan Alberto Gonzalez Dorta Maria Milagros Mandillo
Blanquez

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. MODESTO FERNÁNDEZ DEL VISO BLANCO

Magistrados:

D^a. MARIA DEL CARMEN PADILLA MÁRQUEZ

D^a. MARIA LUISA SANTOS SÁNCHEZ

En Santa Cruz de Tenerife, a dieciocho de septiembre de dos mil quince.

Visto por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba expresados el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 257/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Santa Cruz de Tenerife, promovidos por D^a. Alicia , representada por la Procuradora D^a. María Luisa Hernández y Bravo de laguna, y asistido por la Letrada D^a. Adela Pérez Báez, contra la entidad mercantil CAJA RURAL DE TENERIFE, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO (CAJASIETE),



representada por la Procuradora D^a. Milagros Mandillo Blánquez, y asistido por el Letrado D. Juan Alberto González Dorta; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY, la presente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrada Juez D^a. María del Mar Sánchez Hierro, dictó sentencia el 25 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO: "1º) Se estima la demanda formulada por la representación procesal de D^a Alicia frente a CAJASIETE CAJA RURAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO.

2º) Se declara nula la estipulación contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por los litigantes el día 30 de abril de 2007, según la cual el tipo de interés remuneratorio no podrá ser inferior al 2,75% ni superior al 5,95%.

3º) Se declara nula la estipulación contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por los litigantes el día 30 de abril de 2007, en virtud de la cual se establece un interés moratorio del 23% anual.

4º) Se condena a la demandada a adaptar el importe de las cuotas de amortización del préstamo posteriores al 10 de abril de 2014 al interés variable previsto en el párrafo segundo de la estipulación tercera bis del contrato (euribor + 0,50%).

5º) Se declara que la demandada ha percibido indebidamente en concepto de intereses hasta el día 10 de abril de 2014 la suma de 5.942,80 -CINCO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS CON OCHENTA- euros.

6º) Se condena a la demandada a devolver a la actora la indicada suma mediante su imputación al pago de las cuotas de amortización del préstamo con disminución de la cuota.

7º) Esa imputación se realizará también respecto a las cantidades que la demandada haya percibido a partir del día 10 de abril de 2014 por aplicación de la cláusula que se declara nula y hasta el momento en que deje de ser efectivamente aplicada.

8º) Las cantidades debidas devengarán el interés legal del dinero conforme a lo resuelto en el Fundamento Decimoprimer.

9º) Se declara que en concepto de interés moratorio la demandada únicamente podrá percibir el interés legal del dinero desde que el deudor se constituya en mora.

10º) No se hace especial pronunciamiento en costas. "

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^a. Milagros Mandillo Blánquez, bajo la dirección del Letrado D. Juan Alberto González Dorta, la parte apelada se personó por medio de la Procuradora D^a. María Luisa Hernández y Bravo de Laguna, bajo la dirección de la Letrada D^a. María Adela Pérez Báez; señalándose para deliberación, votación y fallo el día dieciséis de septiembre del año en curso.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA DEL CARMEN PADILLA MÁRQUEZ, Magistrada de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, estimando la demanda formulada por la actora, prestataria en un préstamo, suscrito con la demandada, con garantía hipotecaria sobre la vivienda a cuya adquisición responde el importe percibido, declara: a) la nulidad, por falta de transparencia, de la cláusula que limita la determinación de los intereses remuneratorios pactados con carácter variable, acordando la devolución de lo percibido en su aplicación; y b) la nulidad, por abusiva, de la cláusula que fija el tipo de interés en caso de demora; condenando a la demandada al pago de las costas.

Recorre la demandada, quien, tras mantener que la sentencia no ha tenido en cuenta hechos, personales de la actora, relevantes, y alegar las contradicciones - en orden a determinar el motivo por el que se declara la nulidad de la cláusula suelo- y falta de fundamentación - sin cita de normas y referencia solo a sentencias dictadas en asuntos similares aunque no idénticos-, mantiene que la falta de transparencia de una cláusula solo alcanza relevancia en el ámbito civil si incide en el consentimiento; y, luego de alegar la claridad de la cláusula suelo



y la inexistencia de desproporción en la determinante del interés moratorio, impugna el pronunciamiento que estima solo la "nulidad parcial" del contrato y la eficacia retroactiva de la nulidad.

La actora apelada se opone al recurso y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Vistos los motivos del recurso, procede fijar la acción ejercitada. En principio cabe recoger que no se trata ni puede confundirse con la acción de nulidad contractual prevista en el Código Civil, ya que el amparo normativo de la acción se encuentra inicialmente en la normativa comunitaria, cuya aplicación es imperativa, de protección de los consumidores y usuarios, normas que no solo han sido traspuestas al derecho español, sino que, en la actualidad, ya tienen un reflejo jurisprudencial tanto a nivel comunitario como nacional. Es por ello que, dada la efectiva novedad de las normas aplicables y su extenso ámbito territorial, al margen de los supuestos concretos que las distintas resoluciones judiciales resuelven, y precisamente para evitar la arbitrariedad de los conceptos aplicables, se hace necesario y conveniente para dar fundada respuesta en derecho a las pretensiones de las partes, estar a la doctrina jurisprudencial elaborada en la aplicación de las normas, y todo ello de acuerdo al principio de legalidad y a las fuentes del derecho.

Con base a lo anterior, dando respuesta tanto a los motivos genéricos del recurso- competencia de los tribunales civiles, contradicciones y fundamentación de la sentencia, naturaleza de la acción de nulidad de cláusula abusivas- procede recoger la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo nº 241/2013 de 09 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1916) en cuyo fundamentos:

A) Sexto, da cumplida respuesta a la legalidad del control de las cláusulas abusivas: " 1.1. La situación de inferioridad de los consumidores. 108. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (en este sentido SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartado 25; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartado 25; 4 junio 2009, Pannon GSM C-243/08 apartado 22; 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartado 29; 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 apartado 27; 9 noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08 apartado 46; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, C- 453/10, apartado 27; 26 abril de 2012, Invitel, C-472/10, apartado 33; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 39; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt C-472/11, apartado 19; 14 de marzo de 2013, Aziz VS. Caixa d'Estalvis de Catalunya C-415/11, apartado 44; y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11, apartado 41). 1.2. La ineficacia de las cláusulas abusivas. 109. Por esta razón y con el fin de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone que "[Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (en este sentido las ya citadas SSTJUE de 26 octubre 2006, Mostaza Claro, apartado 36; 4 junio 2009, Pannon, apartado 25; 6 octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, apartado 30; 9 noviembre 2010, VB Pénzügyi Lízing, apartado 47; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, apartado 28; 26 abril de 2012, Invitel, apartado 34; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 40; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 20; y 14 marzo 2013, Aziz vs. Catalunyaacaixa, apartado 45).

B) Décimo, establece cual debe ser el control de las condiciones sobre el objeto principal del contrato, entre las que se encuentra la analizada cláusula suelo- techo: "181. Precisamente porque eran un elemento esencial del contrato, la sentencia recurrida denegó que pudiesen ser consideradas condiciones generales de la contratación, lo que hacía innecesario examinar los límites al posible control de su abusividad....

2.1. El objeto principal del contrato.184. El decimonoveno considerando de la Directiva 93/13 indica que "[...] a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo



de la prima abonada por el consumidor". 185. De forma coherente con tal planteamiento, la expresada Directiva dispone en el artículo 4.2 que "[l]a 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". 186. No define la norma qué debe entenderse por cláusulas "que describan el objeto principal" del contrato o referidas "a la definición del objeto principal", ante lo que la doctrina se halla dividida: a) Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas "principales" que son las que definen directamente el "objeto principal" y las cláusulas "accesorias" que no definirían el "objeto principal". Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual. b) Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al "precio" en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva. c) Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el "objeto principal" debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del "objeto principal" del contrato incluso si se refieren al mismo. 187. Por su parte, el IC 2000 diferencia entre "[l]as cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva". 188. En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto - en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom -, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio". 189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato. 190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial.

2.2. El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato 191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo. 192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", y el artículo 4.2 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 [...]". 193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 , apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección" , y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible". 194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010 , Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE , 3 CE, apartado 1, letra g) , y 4 CE , apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen



a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración". 195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio ; 663/2010, de 4 de noviembre ; y 861/2010, de 29 de diciembre , apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 , que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LC- en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

2.3. Conclusiones.196. De lo expuesto cabe concluir: a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato. b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio. 197. Sin embargo, 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 que seguidamente se expone."

TERCERO.- Entrando así en el concreto objeto del presente litigio, y en el recurso formulado frente a la declaración de nulidad de las cláusulas contractuales:

1.- Cláusula Suelo.- Procede la confirmación de la resolución recurrida, cuyos fundamentos deben darse por reproducidos.

En relación a los hechos no tenidos en cuenta por la sentencia sobre la titulación de la actora y el hecho incontrovertido de haber suscrito con anterioridad otro préstamo hipotecario, cabe mantener que la actora efectivamente no es licenciada sino diplomada en empresariales, pero, en todo caso, ello no avala que por sus conocimientos pudiera eludir la falta de transparencia de la controvertida cláusula; de igual forma la previa suscripción de otro préstamo tampoco acredita su conocimiento sobre la existencia de la cláusula suelo en el mismo. En todo caso, tal como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2015 (ROJ: STS 2207/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2207) : " 10.- Que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general. La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en los mismos una situación de desvalimiento o ignorancia. Y el empleo de condiciones generales, como se ha visto, es propio de la contratación en masa de bienes y servicios de uso común, sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas."

Sentado ello, sí consta que la actora, quien por motivos personales quería acceder a la total propiedad de su vivienda y cancelar el préstamo anterior, acudió a su hermana, empleada de la demandada, quien le afirmó que el préstamo contratado era la mejor oferta, así como de la posibilidad de acceder a las subvenciones de la hipoteca joven canaria. Ante ello la actuación de la empleada es ambivalente por cuanto además de como trabajadora actuaba como personalmente interesada en la contratación, sin que tal hecho, en el año 2007, y habida cuenta la evolución del euribor (índice de referencia de la hipoteca) al alza, tenga mayor trascendencia, pues, efectivamente, las condiciones de la hipoteca eran muy buenas, si quiera en comparación a la anterior, accedía con ella a la posibilidad de la subvención y el límite mínimo de los intereses - la cláusula suelo- no parecía que pudiera llegar a aplicarse. Y esta es la cuestión o el hecho que determina la falta de transparencia en la controvertida cláusula, que pese a ser una cláusula de las que determinaban el precio del préstamo y consecuentemente una cláusula determinante del objeto del contrato, no se le da tal tratamiento ni la importancia que debía ni en los folletos explicativos de la hipoteca joven canaria, ni en la oferta vinculante, ni en el contrato. Basta para tener ello por acreditado los documentos obrantes a los folios 97 y 192, donde se comprueba que, frente a una oferta clara e indiscutible (en letras mayúsculas o con un color destacado) de un interés remuneratorio del euribor más un diferencial del 0'50 %, los límites mínimo y máximo del interés variable o revisable se recogen en letra minúscula, sin más realce que el que se le da a las cláusulas accesorias referidas a las comisiones. Examinado el documento contractual, vistos los folios 40, 41 y 47, cabe destacar lo mismo, pero es más, aún sin poder negar, por no ser ya cuestionado en esta alzada, la claridad del párrafo que contiene la cláusula : " En todo caso el tipo de interés resultante de la revisión anual conforme a la cláusula TERCERA-BIS no podrá ser inferior al 2,75% ni superior al 5,95%", lo cierto es que se recoge bajo un epígrafe, en negrilla, pero sí obscuro, sin numerar y último de la propia cláusula Tercera bis) " Márgenes de fluctuación del tipo de interés", lo que bien pudiera hacer referencia no a que el tipo de interés no pudiera ser inferior o superior a tales márgenes sino que la variación anual no podría tener efectos sino en dichos márgenes. Pero, en todo caso, los límites al tipo de interés variable, que indiscutiblemente restringen la idea de la variabilidad de los tipos a unos márgenes determinados, se recogen así en un último apartado, tras cinco páginas explicativas del interés variable y sus tipo de referencia.



En este punto, alegada por la recurrente su limitación fundada en su pacto con la administración para dar vida a la hipoteca joven canaria, cabe advertir cómo en el convenio de colaboración entre la administración y la entidad bancaria por el que se concierta la citada hipoteca, documento uno de la contestación, al folio 173, el tipo de interés se concreta de forma perfectamente clara, en el punto sexto del epígrafe "del préstamo hipotecario", tras fijar en puntos y aparate, en párrafos breves y precisos, los plazos de amortización y carencia, el tipo de interés inicial, el tipo para el resto del préstamo y las revisiones, se dice: " Después de los seis primeros meses, en las posteriores revisiones anuales del tipo de interés, la suma de este más el diferencial no podrá superar el 5,95% ni estar por debajo del 2,75%", en consecuencia, sí era posible una mayor claridad y transparencia en todos los documentos contractuales ya referidos para hacer constar que el tipo de interés aplicable tenía un límite mínimo y otro máximo.

Y siendo así, lo cierto es que no cabe apreciar que la citada cláusula suelo esté redactada y ubicada en el contrato de forma que pueda superar el análisis de transparencia que exige el ordenamiento jurídico y conforme a la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias del Tribunal Supremo ya citadas y conocidas por las partes.

En este punto cabe, dar respuesta al motivo del recurso referido a la incongruencia de la sentencia al analizar el "desequilibrio", y dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 2015: " 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 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). 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. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación . Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá. 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. Así lo hemos declarado también en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo . 4 .- En el ámbito de la Unión Europea, la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , 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 » (apartado 71), que « esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva » (apartado 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 ». Y la más reciente STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove , tras declarar en su apartado 41 que a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él, condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que « la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas



que se deriven para él ». En tal aspecto, la cláusula suelo analizada, en tanto que no es transparente ni se ubica o recoge con las características necesarias a su importancia, altera gravemente el equilibrio subjetivo, pues, en definitiva, el prestatario no alcanza a conocer que su préstamo variable realmente tiene unos límites máximo y mínimo que inciden en el tipo de interés remuneratorio o precio del préstamo, hecho que aún pudiendo serle beneficioso en algún momento también puede serle perjudicial, por lo que, en cualquier caso, debe tener pleno conocimiento de ello, al igual que lo tiene el prestatario.

Finalmente la advertencia notarial no resta certeza a todo lo manifestado, pues la misma por sí sola, mera indicación escrita contenida al final de la escritura, no añade claridad ni transparencia a la cláusula examinada, siendo una cuestión distinta la del error en el consentimiento que pretende introducir en el debate la parte recurrente.

2.- Cláusula sobre interés moratorio.- Procede, igualmente la confirmación de la resolución recurrida, dando por reproducido el fundamento de derecho séptimo de la misma.

En primer lugar, frente a lo mantenido por el recurrente, no cabe apreciar la aplicación del apartado 18 de la D.A.1ª de la Ley General de Protección de los derechos de los consumidores y usuarios, referido a las garantías ya que estamos en una indemnización por incumplimiento, siendo que el párrafo aplicable es el 17 bis) del citado texto legal, relativo a la falta de reciprocidad: " Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados". Y tal como se recoge en la sentencia de instancia, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes que se analizan en el momento de la contratación, se produce la desproporción en el interés moratorio, pactado tanto como sanción por incumplimiento o retraso como medio para disuadir del incumplimiento.

Finalmente, la sentencia no aplica con carácter retroactivo la reforma del artículo 114 de la Ley Hipotecaria , que, no obstante, sí sirve de referencia para apreciar la falta de reciprocidad del interés pactado, limitándose a declarar la nulidad de la cláusula y a aplicar el artículo 1.108 del código Civil .

CUARTO.- En relación a los efectos, siguiendo los motivos del recurso cabe diferenciar:

1) La nulidad de las cláusulas o nulidad parcial del contrato.- Tal cuestión quedó resuelta en la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , y en definitiva , tal como se expresa en su fundamento de derecho decimosexto: " 268. La LCU, en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que "[serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo" . 269. La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que "[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia" y que en el artículo 6.1 dispone que "[los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

En todo caso, no estamos ante una acción de nulidad contractual por error en el consentimiento tal como pretende mantener el recurrente, sino de la nulidad de unas cláusulas contractuales que contravienen las normas protectoras de los derechos de los consumidores y usuarios.

B) Los efectos ex nunc de la nulidad de la cláusula suelo.- Tal cuestión ya ha sido objeto de análisis por esta Sección en la sentencia nº 201/2015 de 26 de junio , habiendo acordado estar, por los motivos que se expresan, a la doctrina jurisprudencial elaborada por las sentencias que se citan: La cuestión debatida, en supuestos de acciones individuales ejercidas por los consumidores contra la entidad bancaria, ha sido objeto ya de dos sentencias del Tribunal Supremo, una de Pleno, de 25 de marzo de 2015 , y otra, en la que se reitera



la doctrina de la anterior, de 29 de abril de 2013, ambas integradas con un voto particular sobre la necesaria revisión de la doctrina jurisprudencial establecida, que si bien avala las posturas discrepantes de los litigantes, no es óbice a que, conforme al artículo 1 del Código Civil - Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. 3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre. 4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. 5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado». 6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido." - y habida cuenta la exposición de motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil - A la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta transcendencia normativa- deba aplicarse, si se quiere en aras de la certeza y seguridad jurídica dando una respuesta igual y uniforme a idénticos supuestos de hecho (nulidad, fundada en la falta de transparencia, de una cláusula suelo en préstamo hipotecario suscrito por un consumidor) la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo atendiendo a los principios generales y a la realidad social y económica actual así como a los efectivos conflictos de intereses que analiza, y habida cuenta que si la normativa protectora de los derechos de los consumidores y usuarios atribuye a los Tribunales facultades integradoras en favor de estos con la finalidad de alcanzar una igualdad real entre las partes, tal medida responde indiscutiblemente a una situación socio-económica determinada. En consecuencia, aplicando la doctrina que se recoge en las resoluciones citadas, al igual que hizo esta misma Sala en la Sentencia de 29 de mayo de 2015 procede mantener que : Respecto de los efectos de la nulidad de la referida cláusula, debe ser acogida en parte la impugnación de la sentencia recurrida, en virtud de lo dispuesto en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 que fijó como doctrina "que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014 Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de aquella cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de nueve de mayo de 2013 ".

En consecuencia, procediendo la aplicación de la mencionada doctrina al presente caso, visto que la causa por la que se declaró la nulidad de la cláusula contractual en la mencionada sentencia es la misma por la que lo ha sido en estas actuaciones, debe ser estimado en parte el motivo del recurso en el sentido de determinar que las cantidades abonadas por la actora deberán ser devueltas desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 , debiendo requerir a la actora para que proceda a su cuantificación.

QUINTO.- La estimación parcial del recurso con revocación parcial de la sentencia y estimación parcial de la demanda determina la no imposición de costas en ninguna de las instancias (arts 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

FALLO

1º.- Estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por la Procuradora D^a. Milagros Mandillo Blánquez en nombre representación de Caja Siete Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito

2º.- Revocar parcialmente la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2015 por el Juzgado de 1^a Instancia nº 5 de Santa Cruz de Tenerife en Autos de Juicio Ordinario nº 257/2014

3º.- Desestimar parcialmente la demanda formulada por la Procuradora D^a. María Luisa Hernández Bravo de Laguna en nombre y representación de D^a Alicia

4º.- Condenar a Caja Siete Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito a devolver todas las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo, declarada nula, desde la fecha de la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , y los intereses del importe indebido al tipo legal desde el cobro de cada cuota.



5º.- No formular expresa condena en costas en la primera instancia.

6º.- Mantener el resto de la resolución.

7º.- No formular expresa condena en costas en esta alzada.

Devuélvase la totalidad del depósito a la parte apelante, según 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 los Ilmos. Sres. que la firman y, leída ante mí por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en audiencia pública del día de su fecha, como Secretaria de Sala, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL ALCAJEDRA