



Roj: **SAP TF 617/2016 - ECLI:ES:APTF:2016:617**

Id Cendoj: **38038370042016100142**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **4**

Fecha: **08/03/2016**

Nº de Recurso: **570/2015**

Nº de Resolución: **65/2016**

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 20 84 70 - 922 20 84 76

Fax.: 922208473

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000570/2015

NIG: 3803842120140007129

Resolución: Sentencia 000065/2016

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000392/2014-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Santa Cruz de Tenerife

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Testigo Amador

Testigo Enrique

Apelado Luis Antonio Santana Perez Sandra Reyes Gonzalez

Apelado Penélope Antonio Santana Perez Sandra Reyes Gonzalez

Apelante CAIXABANK S.A. Ana Jesus Garcia Perez

SENTENCIA

Presidente

D. Pablo José Moscoso Torres

Magistrados

D. Emilio Fernando Suárez Díaz

D^a. Pilar Aragón Ramírez

En Santa Cruz de Tenerife, a ocho de marzo de dos mil dieciséis.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA núm. CUATRO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, en los autos núm. 392/14, seguidos por los trámites del juicio Ordinario, sobre nulidad



cláusula "suelo" y reclamación de cantidad y promovidos, como demandante, por DON Luis y DOÑA Penélope, representados por la Procuradora Doña Sandra Reyes González y dirigidos por los Letrados Don Antonio Santana Pérez y Doña Carmen Rita Rodríguez Hernández, contra la entidad CAIXABANK, S.A., representada por la Procuradora Doña Ana Jesús García Pérez y dirigida por la Letrado Doña Inés Trelles Villanueva, 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 el Magistrado- Juez don Juan Antonio González Martín dictó sentencia el veintidós de mayo de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por los demandantes D. Luis y DÑA. Penélope, representados por el Procurador de los Tribunales DÑA. SANDRA REYEZ GONZALEZ, contra la demandada entidad mercantil CAIXA BANK SA, representada por el Procurador de los Tribunales DÑA. ANA JESUS GARCIA PEREZ, de las circunstancias de identificación que constan en autos:

1.- Declaro nula por abusiva la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario de fecha 2 de agosto de 2010 suscrito ante notario entre los actores y la Caja General de Ahorros de Canarias - actualmente Caixabank - que especifica que los tipos de interés del préstamo no pueden ser superiores al 5,90 % ni inferiores al 2,75 %.

2.- Condeno a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo hipotecario señalado, manteniéndose vigente el resto de su contenido.

3.- Condeno a la demandada entidad bancaria a abonar a los actores las cantidades que han sido cobradas indebidamente en aplicación de la referida cláusula declarada nula desde la publicación de la STS 9 mayo 2013, cantidad a liquidar mediante las operaciones aritméticas que sean necesarias, a practicar por la entidad demandada en ejecución de esta sentencia firme que sea.

4.- Condeno al pago de las costas causadas en este instancia a la parte demandada. ».

Con fecha diez de junio de dos mil quince, se dictó auto de aclaración cuyo tenor literal es el siguiente: «DECIDO: HA LUGAR A ACLARAR parcialmente la Sentencia de fecha 22 de mayo de 2015 que se mantiene en los términos en que fue dictada, excepto los apartados 1.- y 2.- del FALLO que, consecuentemente, quedarán redactados como sigue:

<< 1.- Declaro nula por abusiva la "cláusula suelo" inserta en la estipulación tercera bis del contrato de préstamo hipotecario de fecha 2 de agosto de 2010 suscrito ante notario entre los actores y la Caja General de Ahorros de Canarias - actualmente Caixabank - que especifica que los tipos de interés del préstamo no pueden ser superiores al 5,90 % ni inferiores al 2,75 %.

2.- Condeno a la entidad financiera demandada a eliminar dicha "cláusula suelo" del contrato de préstamo hipotecario señalado, manteniéndose vigente el resto de su contenido.>>».

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 dos de marzo 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.- Antes de entrar a analizar el recurso de apelación procede dar respuesta a la solicitud de inadmisión formulada por la parte apelada en el escrito de oposición al mismo por haber sido presentado fuera de plazo.

En el cajetín de notificación a través de lexnet consta que el auto fue recibido en el Colegio de Procuradores el día 2 de junio, por lo que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 151.2 de la LEC la resolución se entiende notificada el día 3 y el cómputo del plazo de veinte días hábiles para interponer recurso de apelación comienza el día 4 de junio. Al presentarse escrito solicitando aclaración/rectificación del auto recurrido el día 5 de junio se interrumpe el cómputo, por lo que sólo había transcurrido un día.



El auto de aclaración se dictó el día 10 de junio y fue notificado a las partes el día 17 (en el cajetín constaba la recepción en el Colegio de Procuradores el día 16). Reanudado el cómputo el día 18 (artículo 215.5 de la LEC), los veinte días se cumplen el día 14 de julio, por lo que al haberse presentado el recurso el día 15 estaba dentro de plazo de conformidad con lo previsto en el artículo 135.5 de la LEC .

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso se insiste en la cuestión de la prejudicialidad civil por existir acciones colectivas pendientes de resolución ante los tribunales.

El motivo debe ser desestimado pues dicha cuestión ya hace tiempo que fue resuelta por esta Sección de la Audiencia Provincial, pudiendo citar, entre otros, el auto nº 121/15, de 8 de junio, dictado en el rollo de apelación nº 105/2.015, que pasamos a transcribir:

<<La cuestión sometida a la decisión de este tribunal ya ha sido resuelta por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial en la sentencia nº 162/2.015, de 29 de mayo, dictada en el rollo de apelación nº 78/2.015, en cuyo fundamento de derecho tercero se señala lo siguiente: "Planteada en esta alzada por el recurrente la cuestión sobre la existencia de prejudicialidad civil o litispendencia en relación con el ejercicio de la acción colectiva, dicha impugnación también debe ser desestimada en atención a la distinta naturaleza de las acciones que se ventilan en cada proceso, pues mientras en el Juzgado de lo Mercantil se resuelve una acción colectiva de cesación caracterizada por la realización de un control abstracto sobre la validez de la cláusula en atención al interés del consumidor medio y a las características estandarizadas de la contratación en masa, en el presente procedimiento se ha de resolver sobre una acción individual en función de las circunstancias concretas del caso particular del consumidor demandante, tratándose por tanto, como antes se señaló, de acciones que tienen distinto régimen jurídico, que se refleja en la duración de la acción (siendo imprescriptible la colectiva, según el art. 19 de la LCCG), la legitimación para su ejercicio (más limitada en la colectiva ex art. 16 de la LCCG) y en sus efectos (ex nunc en la colectiva de cesación, conforme al art. 12.2 LCCG, y ex tunc en la individual de nulidad de acuerdo con el art. 8 LCCG). Por lo tanto, tratándose de dos acciones distintas que no se interfieren entre sí, no surge de ellas la posibilidad de que se dicten resoluciones contradictorias". Así mismo, entre las numerosas resoluciones de Audiencias Provinciales que siguen este criterio, citadas en el recurso de apelación, cabe resaltar el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 de octubre de 2.013 , en el que en relación a la posibilidad de que en el otro procedimiento haya de resolverse una cuestión que constituya el objeto principal de este, y respecto a la posibilidad de sentencias contradictorias, añadimos, señala: " ..que lo que existe es una misma contienda, ya que esencialmente ambos procesos tienen el mismo objeto, pero de ningún modo el tribunal de Sevilla queda vinculado por lo que se acuerde en el tribunal de Madrid o viceversa, sino que habrá de resolverse en cada tribunal la cuestión planteada" >>.

Por otra parte, aunque no nos consta que la acción colectiva entablada contra la demandada haya sido resuelta definitivamente mediante sentencia firme, sí que han sido resueltas otras acciones de este tipo dirigidas contra otras entidades bancarias; por ejemplo, la STS nº 705/2.015, de 23 de diciembre , que condena al BBVA y Banco Popular en el mismo sentido en que lo hace la sentencia apelada.

TERCERO.-.-El motivo de fondo del recurso se centra en el error en la valoración de la prueba en cuanto a la información facilitada por el Banco al cliente.

El criterio que al respecto mantiene esta Sala viene reflejado en múltiples sentencias, entre ellas, la nº 327/2.015, de 9 de diciembre, dictada en el rollo de apelación nº 495/2.015 :

<< Es unánime la jurisprudencia al señalar que deben concurrir cuatro requisitos para que una cláusula sea calificada como condición general de la contratación (y ello siguiendo la STS 9/05/2013): 1º Contractualidad, esto es, que la inserción de la cláusula en el contrato no sea consecuencia del acatamiento de una norma imperativa. 2º Predisposición (en el sentido de cláusula pre redactada). 3º Imposición por una de las partes. 4ª Utilización en una pluralidad de contratos. La STS de 9 de mayo de 2013 viene a decir que: a) El hecho de que se refieran -las cláusulas suelo- al objeto principal del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes. c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial. Concluyendo que: "a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar". En concreto, la carga de la prueba de que una cláusula contractual como la impugnada no es una condición general de la contratación, es decir, que no estaba pre redactada para una pluralidad de contratos, sino negociada de forma



individual, recae sobre el empresario cuando se trata de contratos con consumidores pues, en estos casos, se aplica el art. 82.2 del TRLCU que dispone que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba". En el mismo sentido el art. 3.2 de la Directiva 93/33. Por ello, lo que se le exige al Banco es que acredite que la cláusula suelo/techo incluida en el préstamo hipotecario suscrito por los demandantes fue conocida y aceptada libre y voluntariamente por éstos al suscribir los préstamos, es decir, que ha cumplido el deber de información y transparencia. Admitido, conforme a la STS de 9 de mayo de 2013, que la cláusula suelo es una condición general de la contratación deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente del significado jurídico-económico. La sentencia citada, para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes, enumera una serie de parámetros a tener en cuenta (parágrafo 225): "a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor". La entidad bancaria demandada señala que no concurren en la cláusula en cuestión contenidos faltos de transparencia, proporcionalidad o desequilibrio. Que el notario autorizante da información y advertencias claras a las partes y que el consentimiento prestado fue lo suficientemente informado, incluso teniendo a su disponibilidad las partes el proyecto de escritura y existiendo una advertencia lisa y llana sobre el interés variable, el eventual desfase entre el tipo inicial y el resultante de las revisiones, añadiendo que incluso se efectúan una primera escritura y dos escrituras de novación de la misma. >>.

Así mismo, << Como establece la sentencia de pleno referida: "263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto". Debiendo tomarse como referencia para hacer ese control de abusividad tanto el momento de celebración del contrato como las circunstancias concurrentes y demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71), y el artículo 82.3 TRLCU "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa". Y también debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales, así lo impone el considerando decimotercero de la Directiva 93/13 según el cual "[l]a naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales", y el tenor del art. 4.1 "[s]in perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato [...]" y también el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato [...]. Y este desequilibrio puede darse incluso en contratos que no contienen obligaciones recíprocas como es el préstamo. En el parágrafo 264: "Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza". Una vez visto que la cláusula controvertida no supera el control de transparencia, se ha de efectuar el control de abusividad de la cláusula. Esta abusividad se concreta (art. 3.1 de Directiva 93/13 y 82.1 TRLCU) en que contradiciendo las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor, en un control abstracto que atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha de suscripción del contrato y las previsible por un empresario diligente a corto/medio plazo. Dicho desequilibrio como señala la jurisprudencia no ha de entenderse en términos económicos, sino en el sentido de real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos de abstracto. Si bien el futuro a medio/largo plazo es imprevisible, los riesgos de oscilación del tipo mínimo de



referencia dan cobertura exclusivamente a la entidad crediticia y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable >>.

Ese criterio es el que mantiene esta Sala en la sentencia más arriba citada, en la que en parecidos términos se dice: << Sobre el control de transparencia, conforme a la Directiva 93/13 , especialmente, el artículo 3.1 (que declara abusivas las cláusulas no negociadas individualmente con el consumidor si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un perjuicio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato), traspuesto al art. 82.1 del TRLCU, y al art. 80.1 de éste (sobre los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente con los consumidores), la STS 406/12, de 18 de junio (lo que repite la STS nº 241/2.013, de 9 de mayo) declara que dichas cláusulas, o bien aparecen enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro, o bien, incluso cuando su ubicación permita percatarse de su importancia, "pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo, del que difícilmente se benefician éstos de las bajadas del tipo de referencia", añadiendo que "la oferta como interés variable, no completada con la información adecuada (.), se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas (.), máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante el señuelo de una oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés (.) siendo que lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo (.), de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo, variable exclusivamente al alza" >>.

Estas directrices concurren en el presente caso, pues pese a lo legado por la parte apelante en relación con los documentos suscritos por los demandantes al acogerse a la fórmula "hipoteca joven" (solicitud de operación de activo, oferta vinculante y escritura pública de constitución del préstamo con garantía hipotecaria), lo cierto es que si bien puede afirmarse que la cláusula es clara y que supera el control de inclusión, no puede afirmarse lo mismo en cuanto al control de transparencia, pues no consta acreditado que los clientes recibieran información suficiente sobre las consecuencias económicas que la aceptación de la misma suponía en orden a tener a las consecuencias negativas que les acarrearía la evolución del tipo de interés de referencia por debajo del suelo pactado.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- En el recurso de apelación se hace un alegato sobre la imposibilidad de modificación del fallo de la sentencia por vía de aclaración.

Con base en lo dispuesto en el artículo 465. 3 y 4, en relación con el 215.5 de la LEC , manifestamos que el auto de fecha 10 de junio de 2.015 se mantiene dentro de las facultades que concede el artículo 215 de la LEC , pues no hace sino acomodar un pronunciamiento de la sentencia con las pretensiones formuladas en la demanda y con los fundamentos jurídicos de la misma. Como se señala en el mismo, la parte actora no pidió la nulidad de toda la cláusula tercera bis, que regula el periodo variable del interés remuneratorio, así como otras muchas cuestiones relacionadas con ello (en total seis páginas), sino un apartado muy concreto de la misma, el relativo a la fijación de un "suelo" del 2,750% al interés variable.

QUINTO.- La sentencia recurrida estimó sustancialmente la demanda, siendo así que se condenó a la demandada a devolver a la parte actora las cantidades cobradas en virtud de la aplicación de la cláusula suelo, pero no a la totalidad de las cantidades cobradas, que fue lo solicitado en la demanda, sino que restringió los efectos retroactivos de la declaración de nulidad a la fecha de la STS de 9 de mayo de 2.013 .

Aunque seguimos sin entender que tiene que ver el límite temporal de retroactividad fijado en ese caso frente al BBVA y las demás entidades de crédito que fueron parte en el mismo en la fecha de la propia sentencia, con la presente condena a Caixabank, pues la aplicación del mismo criterio lo que supondría sería tomar como referencia la fecha de la propia sentencia recurrida, lo cierto es que la parte demandante no recurrió la sentencia, por lo que proscrita en nuestro ordenamiento procesal la reformatio in peius, la cuestión relativa a la extensión de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo quedó firme y fuera del debate del recurso. Es por ello, que tampoco entendemos -y debe ser desestimada- la solicitud presentada por la parte actora apelada un día antes del señalado para deliberación y votación del presente recurso para que se suspenda el trámite hasta que el TJUE resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas sobre ese tema por diversos tribunales españoles, pues si bien ese es el criterio que sustenta esta Audiencia Provincial, el mismo solo es aplicable a aquellos casos en que ese tema es objeto del recurso, lo que aquí no sucede.



SEXTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las costas del recurso de apelación se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones impugnatorias.

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad Caixabank, se confirma la sentencia dictada en primera instancia y se condena a la parte apelante a pagar las costas del mismo, con pérdida del depósito que haya constituido para recurrir. Se desestima igualmente la petición de suspensión del trámite formulada por la parte apelada.

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 CENDO