



Roj: **SAP BU 726/2016 - ECLI:ES:APBU:2016:726**

Id Cendoj: **09059370032016100270**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **18/11/2016**

Nº de Recurso: **309/2016**

Nº de Resolución: **397/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ILDEFONSO JERONIMO BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00397/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950 Fax : 947259952

N.I.G.: 09059 42 1 2015 0004245

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000309 /2016

Juzgado procedencia : JDO. MERC. 1 (ANT.1A.INSTANCIA 4) de BURGOS

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000421 /2015

RECURRENTE : CAIXABANK SA

Procurador/a : MARIA CONCEPCION SANTAMARIA ALCALDE

Abogado/a : FERNANDO OLANO MOLINER

RECURRIDO/A : Ana , Eulalio

Procurador/a : ALEJANDRO JOSE JUNCO PETREMENT, ALEJANDRO JOSE JUNCO PETREMENT

Abogado/a : MONICA FERNANDEZ PEREZ, MONICA FERNANDEZ PEREZ

La Sección Tercera de la Audiencia provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **don Ildefonso Barcala Fernández de Palencia** , Presidente, **doña María Esther Villímar San Salvador** , y **don José Ignacio Melgosa Camarero** ha dictado la siguiente.

SENTENCIA Nº. 397

En Burgos, a dieciocho de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTO Por esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala núm. 309/2016, dimanante del Juicio Ordinario 421/2015, procedentes del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos, sobre nulidad cláusula contractual, en recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de fecha 20 de abril de 2016 , en los que aparece como parte apelante, **CAIXABANK SA** , representado por el Procurador de los tribunales, doña María Concepción Santamaría Alcalde, asistido por el Abogado don Fernando Olano Moliner; y, como parte apelada, **DOÑA Ana y DON Eulalio** , representados por el Procurador de los tribunales,



don Alejandro Junco Petrement, asistido por la Abogada doña Mónica Fernández Pérez, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don Ildefonso Barcala Fernández de Palencia, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales don Alejandro José Junco Petrement, contra Caixabank S.A. representado por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Santamaría Alcalde y declaro nula y no aplicable al crédito hipotecario la cláusula de tipo mínimo de interés; condeno a la entidad financiera a estar y pasar por dicha declaración y en consecuencia condeno a la misma al reintegro de los intereses abonados en exceso por los demandantes por la indebida aplicación de las cláusulas cuya nulidad se declara, así como de los intereses que las mismas hayan devengado desde sus entregas y hasta el momento de devolución con el interés legal desde la fecha de sentencia con expresa imposición de costas a la parte demandada.

2º: Notificada la anterior resolución a las partes por la representación de Caixabank S.A., e presentó escrito interponiendo recurso de apelación. Y dado traslado a la otra parte, presentó escrito de oposición a dicho recurso dentro del plazo que le fue concedido, acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º : Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 3 de noviembre de 2016, en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Se ejercita en la demanda una acción de nulidad de la cláusula suelo inserta en la escritura de préstamo hipotecario de 26 de noviembre de 2009 que era un préstamo a interés variable, salvo los dos primeros años de vigencia del préstamo en que se pactó un interés fijo del 2,80 %. A partir de la tercera anualidad había una segunda fracción temporal hasta el cumplimiento de cinco años desde la fecha de formalización del préstamo, momento en el cual comenzaba la tercera y última fracción temporal con un interés variable más 0,950 puntos aunque el diferencial se hacía depender del mayor o menor número de operaciones que el cliente tuviera concertadas con la entidad bancaria. No obstante, al final de la cláusula tercera letra e, se incluía la frase "en todo caso se establece que el tipo nominal aplicable no podrá ser inferior al 3 % anual".

SEGUNDO. Con carácter previo procede tener en cuenta que antes del señalamiento del asunto para la deliberación en Sala se dio traslado a las partes para que pudieran solicitar la suspensión del asunto hasta tanto se dicte sentencia por el Tribunal de Justicia resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil de Granada. Sin embargo la parte actora no ha solicitado nada y la parte demandada se ha opuesto a la suspensión, por lo que se da el caso de que ninguna de las partes pide la suspensión no pudiendo acordarla este tribunal de oficio pues el artículo 43 de la LEC la supedita a la petición de parte. Procede por lo tanto entrar a resolver el recurso de Caixabank contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil que declara la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia y ordena la devolución de las cantidades desde la fecha de su indebido cobro.

TERCERO. La razón por la que el Juzgado no sigue en este punto la doctrina del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 según la cual en caso de nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia procede la devolución de las cantidades indebidamente cobradas solo a partir de la STS de 9 de mayo de 2013 por ser esta la primera resolución del Alto Tribunal que fija la doctrina sobre la necesaria transparencia de este tipo de cláusulas cuando no han sido objeto de negociación individual; la razón principal, decimos, por la que el Juzgado no sigue en este punto la doctrina de aquella sentencia es porque dice que la cláusula suelo no supera el control de transparencia formal o documental. Y la razón por la que la sentencia del Juzgado dice que la cláusula no supera el control de transparencia formal, que forma parte del control de inclusión de las condiciones generales, es porque el Banco no proporcionó al cliente la oferta vinculante regulada en la OM de 5 de mayo de 1994.

Pues bien, no podemos estar de acuerdo con esta tesis de que solo por la falta de una oferta vinculante la cláusula suelo no supere el control de inclusión, lo que es tanto como entenderla por no puesta.

La falta de transparencia formal o documental puede existir cuando la cláusula se redacta de tal manera que puede dudarse de que haya sido verdaderamente conocida por el prestatario. En tal caso la cláusula es nula, pero no por falta de negociación, ni porque la cláusula no responda al proyecto de contrato que se tenía en



mente, sino por falta de conocimiento, y por tanto ausente de la cláusula el requisito del consentimiento. Sin embargo en este caso la cláusula aparece en la escritura redactada de forma clara. No puede decirse que el cliente no haya tenido la posibilidad de conocerla.

Ciertamente podría decirse que si la cláusula suelo aparece también en la oferta vinculante se asegura el conocimiento de la misma por parte del cliente. Pero la oferta vinculante no es la que asegura el control de inclusión, que debe hacerse a la vista de la escritura de préstamo. Lo que está en la base de la existencia o la ausencia de la oferta vinculante es la existencia o no de negociación, pues la oferta está en la base de los contactos entre el banco el cliente para que este sepa como va ser su préstamo hipotecario. Por este motivo la falta de oferta vinculante puede indicar una falta de negociación de la cláusula, lo que permite pasar del control de inclusión al control de contenido a efectos de poder calificar la condición general como abusiva. Pero una falta de negociación no supone falta de consentimiento, pues por principio todas las condiciones generales no son negociadas, lo que permite someterlas al subsiguiente control de contenido, pero son condiciones consentidas y aceptadas, lo que quiere decir que son cláusulas claras y transparentes, por lo menos en su aspecto formal o documental, porque han superado el control de inclusión.

Toda esta doctrina es la que está en la base de las SSTs de 9 de mayo de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, y también en la de 25 de marzo de 2015, y el Juzgado de lo Mercantil, que exige la oferta vinculante para el control de inclusión de la cláusula suelo, se aparta de esta doctrina y no puede mantenerse.

Ciertamente la tesis del Juzgado es la misma que algunas sentencias de Audiencias Provinciales que declaran que a falta de oferta vinculante la cláusula suelo no se incorpora al contrato porque no supera el control de inclusión. Hemos podido encontrar las sentencias de las AAPP Madrid sección 28 de 10 de junio de 2016, Pontevedra sección 1ª de 19 de febrero de 2016 (ROJ SAP PO 166/2016), y Valladolid sección 3ª de 30 de mayo de 2016 (ROJ SAP VA 589/2016). Sin embargo, son mayoría las que no vinculan la falta de oferta vinculante con el control de incorporación, sino que examinan la legalidad de la cláusula desde el punto de vista de la falta de transparencia real, que es lo que esta Sección ya hecho en la sentencia de 27 de junio de 2016. Así AAPP Barcelona sección 15 de 30 de junio de 2016 (ROJ SAP B 6090/2016), 27 de junio de 2016 (ROJ SAP B 6113/2016), y 17 de marzo de 2016 (ROJ SAP B 3530/2016), Valladolid sección 3ª de 8 de febrero de 2016 (ROJ SAP VA 193/2016), Vizcaya sección 4ª de 29 de abril de 2016 (ROJ SAP BI 852/2016), y 30 de junio de 2015 (ROJ SAP BI 1465/2015), Asturias sección 7ª de 11 de julio de 2016 (ROJ O 1996/2016), y sección 4ª de 8 de julio de 2016 (ROJ SAP O 2140/2016), y Pontevedra sección 1ª de 1 de diciembre de 2015 (ROJ SAP PO 2481/2015).

En esta última se dice lo siguiente: " La STS de 9 de mayo de 2013 señala a este respecto que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los **consumidores** contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, "garantiza 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 lejos de imponer una determinada forma o mecanismo de información precontractual, lo que la sentencia establece es que, en el caso de cumplirse las exigencias previstas en la repetida Orden Ministerial, se entiende que, en principio, la cláusula supera el filtro de inclusión o incorporación, mas ni ello implica que el incumplimiento de tales requisitos comporte que la norma no sea transparente en el sentido de clara y comprensible, ni que su cumplimiento garantice siempre la transparencia de la norma, sino que habrá que analizar las circunstancias concurrentes en cada caso ".

CUARTO. Debemos pues resolver el asunto partiendo de la base de la inclusión de la cláusula suelo en la escritura y determinar, con base a la jurisprudencia recaída a fecha de hoy, cuales son las consecuencias de una eventual falta de transparencia material de la cláusula.

La falta de transparencia en el caso de la cláusula suelo se produce porque la introducción de una limitación a la variación del tipo de interés cuando el préstamo se ha contratado a interés variable introduce una tan importante modificación en el objeto del contrato que debe reflejarse de forma que no deje lugar a dudas que esto es lo que se contrató. En este sentido la mejor forma de decir por qué una condición no es transparente es poner el ejemplo de la misma cláusula, pero redactada de forma transparente. Y una redacción transparente de la cláusula suelo sería aquella que estableciera un interés fijo del 2,8 %, pero variable al alza por la subida del euríbor más el diferencial por encima de ese tipo fijo. Esto o la referencia al tipo variable limitado como hace la Orden 2899/2011. Se destacaría de esta forma aquello que ha estado en la base de la economía del contrato, y que al final ha acabado resultando más determinante, por encima de la variación del tipo de interés, que no ha tenido la ascendencia que se esperaba, pues el cliente ha acabado pagando el tipo fijo, y lo seguirá pagando, en una evolución de los tipos de interés a la baja.



La falta de transparencia material no deberá dar lugar a la nulidad de la cláusula si, a pesar de la falta de transparencia, la misma hubiera sido negociada. En caso de efectiva negociación una cláusula no transparente debería juzgarse como el resto de las cláusulas que se refieren al contenido económico, que no jurídico, del contrato. Del contenido económico del contrato de préstamo forman parte el capital, el interés y los plazos de devolución, que habrán sido negociados previamente y que por ese motivo no pueden impugnarse como abusivos. Sin embargo, cuando no hay prueba de la negociación, una cláusula relativa al interés, como esta de la cláusula suelo, puede tratarse como una condición general más y ver si se supera el control de contenido.

Una vez determinada la falta de negociación de la cláusula corresponde valorar su carácter abusivo. La determinación del carácter abusivo es importante cuando lo que se pide es la nulidad de la cláusula. La jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea es clara cuando dice que la declaración de abusividad comporta la nulidad de la cláusula, sin que proceda su moderación (STUE, sala 1ª 30 de mayo de 2013). Lo anterior podría significar que, a pesar de la falta de negociación de una cláusula, cabría la moderación de la misma si no pudiera calificarse como abusiva porque no representa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones del contrato en perjuicio del **consumidor**.

En el caso de la cláusula suelo, su falta de equilibrio en relación con lo aquello que ha sido expresamente negociado, que es un préstamo a interés variable, es palmaria porque supone una limitación a las expectativas de bajada de interés que todo **consumidor** tiene cuando contrata un préstamo a interés variable. Como dice la STS de 9 de mayo de 2013 "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".

QUINTO. Efectos de la declaración de nulidad.

Los efectos de la declaración de la nulidad de la cláusula suelo han de ser la devolución de las cantidades percibidas en virtud de la aplicación de la cláusula que no es otra cosa que la diferencia entre los intereses que hubiera procedido pagar con y sin aplicación de la cláusula suelo. A la devolución íntegra de las cantidades se ha referido la sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 2015 (rollo 48/2015) a cuyos argumentos nos remitimos:

"a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

"b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

"c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".

"d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

"e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos - en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

"f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

"g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

"h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.



"i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

"j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor."

"Solo a partir de la STS de 9 de mayo de 2013 la buena fe desaparece al poner de relieve esta sentencia los requisitos de información que hubiera necesitado una negociación individual, por lo que procede resolver en la misma forma, lo que supone la estimación del recurso".

SEXTO. Al estimarse parcialmente la demanda y el recurso no se hace imposición de las costas causadas en ambas instancias (artículos 394.2 y 398.2 LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Concepción Santamaría Alcalde contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número uno de Burgos en los autos de juicio ordinario 421/2015 se revoca la misma únicamente para condenar a la parte demandada a devolver las cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo solo a partir del 9 de mayo de 2013. En todo lo demás se confirma la sentencia sin hacer imposición de costas en ambas instancias.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, notificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.