

Audiencia Provincial

AP de Valladolid (Sección 3ª) Sentencia num. 253/2016
de 21 septiembre
JUR\2016\227358



CONSUMIDORES Y USUARIOS: CLÁUSULAS ABUSIVAS: CLÁUSULA SUELO: procedencia: cláusula no transparente, y además abusiva en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor: restitución de lo indebidamente cobrado desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.

Jurisdicción:Civil

Recurso de Apelación 228/2016

Ponente:Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Sendino Arenas

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

VALLADOLID

SENTENCIA: 00253/2016

N10250

C.ANGUSTIAS 21

-

Tfno.: 983.413495 Fax: 983.459564

MOB

N.I.G. 47186 42 1 2015 0021559

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000228 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001275 /2015

Recurrente: Azucena , Vicente

Procurador: MARIA LUISA GUILLEN ZANON

Abogado: FERNANDO-MARIA NOGUES GUILLEN

Recurrido: BANCO CEISS

Procurador: FERNANDO TORIBIOS FUENTES

Abogado: CARLOS REDONDO DIEZ

SENTENCIA N° 253

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. JOSE JAIME SANZ CID

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS (Ponente)

D. ANGEL MUÑIZ DELGADO

En Valladolid a veintiuno de Septiembre de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001275 /2015, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000228 /2016, en los que aparece como parte apelante, Azucena , Vicente , representados por el Procurador de los tribunales, D^a. MARIA LUISA GUILLEN ZANON, asistidos por el Abogado D. FERNANDO-MARIA NOGUES GUILLEN, y como parte apelada, BANCO CEISS, representado por el Procurador de los tribunales, D. FERNANDO TORIBIOS FUENTES, asistido por el Abogado D. CARLOS REDONDO DIEZ, sobre nulidad cláusula suelo, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 31 de marzo de 2016 , en el procedimiento JUICIO ORDINARIO N° 1275/2015 del que dimana este recurso. Se aceptan los antecedentes de Hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que desestimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora Sra. MARIA LUISA GUILLEN ZANON en nombre y representación de D. Azucena , Vicente contra BANCO CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA no debo declarar y no declaro la nulidad de la cláusula litigiosa del contrato de préstamo hipotecario objeto de la presente litis, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas contra ella, debiendo abonar la parte actora las costas procesales causadas." Que ha sido recurrido por la representación procesal de Azucena , Vicente , oponiéndose la parte contraria.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la

resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 14 de Septiembre de 2016, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La representación procesal de los demandantes Doña Azucena y Don Vicente recurre en apelación la sentencia de instancia que desestima su demanda interpuesta frente al BANCO DE ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.L.U. en solicitud de que declare nula por falta de transparencia y abusiva la cláusula inserta en la escritura de préstamo hipotecario a interés variable relativa al establecimiento de un tipo mínimo de interés (suelo) condenando a la demanda a devolver a los actores las cantidades abonadas de más desde el día 9 de mayo de 2013. Alega como motivos resumidamente error judicial a la hora de valorar la prueba practicada; ya que en contra de lo que concluye en ningún caso, ni en el contrato ni en el resto de los documentos, ha quedado acreditado que por la entidad demandada se hubiera suministrado a los demandantes información previa clara y comprensible sobre la existencia y consecuencias de la cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo atipo de interés variable, no siendo cierta la afirmación de que el demandante D. Vicente ocupe o ha ocupado cargos de responsabilidad en un empresa de importancia y disponga de experiencia y conocimientos financieros y siendo irrelevante el que hubiera firmado otros préstamos anteriores y de que el préstamo concedido no lo fuera para la adquisición de vivienda habitual ya que la validez o no de la condición general no puede hacerse depender de esta circunstancia; e infracción por inaplicación e interpretación indebida, de la doctrina jurisprudencial que sobre transparencia y abusividad de este tipo de cláusulas ha fijado la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 . Pide por todo ello se dicte nueva sentencia que revoque la de instancia y desestime íntegramente la demanda con costas a la parte actora.

Se opone a este recurso la parte demandante solicitando su desestimación e íntegra confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO

Se circunscribe por lo expuesto el objeto del presente recurso a determinar, si el Juzgador de la Instancia, a la hora de no declarar la nulidad por falta de transparencia y abusividad de la cláusula suelo cuestionada por los demandantes , ha incurrido o no en los errores de valoración probatoria y por ende de aplicación jurídica y jurisprudencial, que denuncian los recurrentes Pues bien, la conclusión a la unánimemente llega este Tribunal de apelación, tras leer todos los fundamentos de la sentencia apelada y revisar de nuevo el material probatorio obrante en autos es que el Juzgador de Instancia ciertamente incurre en tales desviaciones.

Como punto de partida hemos de citar la normativa y doctrina jurisprudencial tanto de derecho interno como de la Unión Europea (artículos 1 , 8.2 y 82 de la Ley de Consumidores y Usuarios vigente al momento de contratar, [Art. 8](#) de la [Ley de Condiciones Generales de la Contratación \(RCL 1998, 960 \)](#) , [Directiva 93/13/CEE \(LCEur 1993, 1071 \)](#) , STUE de 30 de Abril de 2014 y la ya famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 completada y aclarada por la posterior de 24 de marzo de 2015) a la que necesariamente debe ajustarse el enjuiciamiento de este tipo de controversias atinentes a la eventual nulidad, por falta de transparencia y abusividad, de una cláusula, que como condición general, se haya inserta en un contrato de préstamos suscrito entre un empresario profesional y un consumidor o usuario, como es el caso.

Muy especialmente debe tenerse en cuenta la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 2013 que si bien sienta, como regla general, que no cabe realizar un control de abusividad sobre lo que constituye el objeto principal del contrato, seguidamente establece una importante precisión, señalando que lo que sí cabe es someter las condiciones generales a ello referidas a un doble control de transparencia. Ese doble control consiste, primeramente, en superar el filtro de incorporación o de consideración de las mismas como incluidas en el contrato ([artículos 5.5](#) y [7](#) de la LCGC), lo que se entenderá cumplido si las cláusulas son claras, concretas y sencillas, el adherente ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebrar el contrato y no son ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles; y caso de superar dicho filtro un segundo control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, que se proyecta sobre la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo del contrato, lo que supone que podrá ser considerada abusiva la condición general si se llegase a la conclusión de que el consumidor no percibiría que se trataba de una previsión principal, que iba a incidir en el contenido de su obligación de pago, o no se le permitiera un conocimiento real y razonablemente completo de cómo aquélla puede jugar en la economía del contrato, porque resulta indispensable que se garantice que el consumidor dispone de la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa. Este examen debe realizarse tomando en cuenta, incluso, el contexto en el que se enmarca la cláusula.

Señala igualmente el Tribunal Supremo en la citada sentencia de Pleno diversos criterios que serían reveladores de falta de transparencia de las cláusulas suelo/techo, concretamente; a) la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero, que se revelaría como engañosa al desplazar el foco de atención del consumidor, cuando en realidad se estaría tratando de una operación con un interés mínimo fijo que difícilmente se beneficiaría de las bajadas del tipo de referencia (el tipo

nominalmente variable al alza y a la baja sería, en realidad, exclusivamente variable al alza); b) la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues cuando las entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario el consumidor no percibe su verdadera relevancia; c) la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo (o tipo máximo de interés), pues la oferta conjunta de ambos puede servir de señuelo que obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato; d) su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor; e) la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; y f) la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. Añade el propio T. Supremo en su Auto de 3 de junio de 2013, oclaratorio de la citada Sentencia, que los citados parámetros no constituyen un catálogo exhaustivo o cerrado de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, ni tampoco la presencia aislada de alguna de ellas es necesariamente condición suficiente para que deba considerarse no transparente una clausula suelo (o/techo).Y en la posterior STS de 24 de marzo de 2015 , que igualmente reitera y aclara la primera, razona de la siguiente manera "...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. Por tanto estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre el 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 al consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con "cláusula suelo" en el caso de bajada de índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado".

TERCERO

Concluye la sentencia apelada (Fundamento Primero in fine) que en este caso se cumplieron las exigencias de transparencia y claridad, de modo que los actores conocían perfectamente lo que firmaban y la carga de onerosidad que adquirirían. Obtiene esta conclusión el Juzgador, según explica, por la existencia de una oferta vinculante del banco según recoge la escritura notarial, por la existencia una copia

de una nota de condiciones ajunta a dicha escritura, aparecer la cláusula destacada en letra negrita, haber celebrado los actores otros contratos con condiciones análogas, no haberse destinado el préstamo a la adquisición de vivienda y ser el demandante gerente de una importante empresa.

No comparte en absoluto la Sala esta conclusión y argumentación judicial, pues si bien, el primer filtro o control de transparencia de inclusión, podría considerarse satisfecho por tratarse de una cláusula que en el apartado que aquí importa (Tercera bis," En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,50% ni inferior al 3,5%) ofrece un redactado que "prima facie" resulta ser claro, concreto y sencillo, no podemos decir lo mismo con respecto al segundo control de la transparencia real que como hemos dicho ha de entenderse en el sentido de comprensión por el consumidor del verdadero reparto de riesgos que deriva de su inclusión en el contrato.

Lo verdaderamente relevante a los efectos de la nulidad interesada consiste en determinar si la cláusula en cuestión, aunque afectante a un elemento esencial del contrato fue predispuesta e impuesta por el banco demandado, es decir, no fue objeto de una particular e individualizada negociación con los demandantes, y si estos fueron debidamente informados sobre su incorporación del préstamo y particularmente sobre la trascendencia y efectos jurídicos y económicos que ello comportaba, de modo que llegaron a entender su importancia y el verdadero reparto de riesgos que deriva de su inclusión en el contrato.

Y a este respecto, basta examinar el escaso material probatorio obrante en autos, para sin mucho esfuerzo llegar al convencimiento de que el banco demandado, no ha conseguido acreditar, carga procesal que le incumbía ex [artículo 217 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , ni que tal clausula fue objeto de una particular negociación con los prestatarios- demandantes ni que hubiera proporcionado a estos información adecuada y suficiente sobre el alcance tanto jurídico como económico de la misma.

No consta que se les hubiera entregado algún folleto informativo o alguna oferta previa y vinculante en la que de forma clara y comprensible figurara las condiciones del préstamo y concretamente el limite al interés variable y no consta tampoco, siquiera por testimonio, que en fase pre contractual, se les hubiera hecho simulaciones de escenarios diversos relacionados con las consecuencias que dicha cláusula depararía en función de la posible evolución del mercado que tipos de interés, y no se acredita igualmente que se les hubiera efectuado una advertencia previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. Vemos además que en la escritura, el préstamo se presenta como de interés variable (cláusula tercera Bis. REFERENCIA INTERBANCARIA A UN AÑO -EURIBOR- incrementado en U NO COMA CINCUENTA PUNTOS PORCENTALES (sic) para más adelante incluir un párrafo con la citada clausula

suelo / techo, y por el que de hecho y de forma un tanto contradictoria con esa rotulación, se impide a los prestatarios beneficiarse del índice de referencia pactado. Se encuentra además este párrafo, enmascarado y difuminado dentro de la extensa estipulación tercera bis sin la preeminencia y realce que afirma el Juzgador de Instancia (solo parcialmente en negrita) y ello a pesar de que de facto, iba a ser el tipo "fijo" a aplicar durante muchos años de la vigencia del contrato dada la tendencia a la baja del Euribor, escenario que difícilmente podía ser ignorado por quien, como profesional de la banca cabe presumir es conocedor de los mercados financieros. Es más, a continuación de la cláusula en cuestión se añade otro párrafo que claramente induce a confusión en cuanto a la aplicación o no del límite mínimo (suelo) pues literalmente dice "el cálculo del tipo de interés nominal anual aplicable en cada momento se efectuara sin redondeos ni umbral mínimo de fluctuación".

Y este déficit informativo, no puede entenderse subsanado por lo expresado a modo de fórmula, en la escritura de préstamo ni tampoco la rutinaria lectura de la misma por parte del Notario Autorizante, ya que como dice la STS de 8 de septiembre de 2014 , que también cita el Juzgador de Instancia "... la lectura de la escritura pública y en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con las del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto el cumplimiento de este deber especial de transparencia" .Y desde luego tampoco resulta suficiente el hecho de que junto a la escritura obre una nota (fotocopia) relativa a las condiciones del préstamo que no es sino un documento de orden interno elaborado por el propio banco a efectos de la minuta notarial, sin firma ni constancia alguna de la intervención de los demandantes, y sin que en ningún caso se destaque o resalte la existencia de la cláusula de Litis.

El que los demandantes hubieran celebrado otros contratos de préstamos con condiciones análogas o, que el demandante Sr. Vicente sea Gerente de una importante empresa, o el préstamo no fuera para adquirir una vivienda habitual, son argumentos endebles que en nada desvirtúan la conclusión antedicha, y máxime, cuando no existe constancia cierta de que en aquellos prestamos anteriores los actores hubiera recibido de la entidad prestamista la pertinente y debida información sobre la existencia, funcionamiento y consecuencias de una clausula suelo, ni que el demandado realmente ostente el alto cargo que se afirma, ni por ende, tenga los conocimientos económicos y financieros que por ese solo hecho se le suponen.

- Alude igualmente el Banco recurrido, al hecho de que durante años, la hipoteca se firma en 2009, los demandantes no hubiera acudido a interesarse o protestar al ver el detalle de los recibos y la liquidación a pesar de a desde un principio se les aplicaba la cláusula suelo. Pero tampoco este hecho al igual que los anteriores, tiene la importancia y trascendencia jurídica que interesadamente le confiere, pues no sirve por si solo para demostrar que los actores fueran conocedores de la existencia y alcance de la citada clausula ni que de alguna forma la hubieran

ratificado y confirmado, y máxime, cuando como antes dijimos, no consta que se trate de personas con experiencia o conocimientos financieros en los que razonablemente cabría colegir que sabían interpretar el contenido de dichas liquidaciones o recibos y los parámetros que conforman la cuota hipotecaria. Como en tantos otros casos, es a partir de que trasciende al público a través de los medios de comunicación la problemática de las cláusulas suelo y la decisión que respecto a las mismas adopta el Tribunal Supremo a mediados del año 2013, cuando los consumidores en general se conciencian de su posible constancia en los préstamos que desde muchos años atrás tienen concertados, de su verdadera trascendencia y de su posible inadecuación a derecho.

CUARTO

Además de incumplir los requisitos de transparencia real la cláusula de litis debe calificarse de abusiva en aplicación de lo estatuido en los artículos 8.2 L CGT y 82.1. de la LGCU y la doctrina jurisprudencial antes citada y que sobre este particular, también ha sentado nuestro Tribunal Supremo en sus Sentencia de 9 de mayo 2013 y 24 de marzo de 2015 . Y la razón para ello, es precisamente lo afirmado en la demanda, es decir, el importante desequilibrio e incorrecta distribución de riesgos que dicha estipulación, produce en perjuicio del prestatario consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe negocial. Ciertamente es que también se establece un interés máximo o techo, pero se hace fijando nada menos que 12,5% lo que claramente no guarda la necesaria proporcionalidad y justo equilibrio que pudiera anular la abusividad. Precisamente el hecho de que junto al tipo mínimo (3,5%) se estableciera a modo de contrapartida ese tipo máximo, significa que se estaba aparentando una reciprocidad y un equilibrio que no era real. Como ya hemos dicho en otras ocasiones en que examinábamos cláusulas idénticas o muy similares, con este proceder realmente se encubre una situación que es ventajosa únicamente para el Banco (máxime si tenemos en cuenta que este conoce mejor, por disponer de mayor información financiera, cual pudiera ser la evolución futura del índice de referencia, Euribor), pues, al fijar un techo tan elevando convierte un préstamo que era a interés variable, en un préstamo a interés "fijo" y variable solo al alza, de modo que el consumidor prestatario siempre sale perdiendo; si el Euribor evolucionaba a la baja porque en todo caso debe satisfacer el tipo de interés mínimo (3,5%), y si lo es al alza, porque el interés podría elevarse considerablemente hasta ese 12,5%.

QUINTO

En merito a todo lo expuesto estimamos el recurso de apelación y REVOCAMOS la sentencia recurrida a fin de dictar otra por la que acogemos íntegramente la demanda en los términos y con los efectos que luego se dirá en aplicación de la normativa inicialmente citada y doctrina sentada por la STS de 9 de mayo de 2013 . Imponemos las costas de la primera Instancia a la parte demandada, cuyas

pretensiones han sido totalmente rechazadas, y no hacemos especial pronunciamiento con respecto a las originadas por esta Alzada, atendido el éxito del recurso, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) .

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación;

FALLO

ESTIMAMOS el Recurso de Apelación contra la Sentencia de 31 de marzo de 2016 dictada en Juicio Ordinario 1275/2015a seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valladolid y REVOCAMOS a meritada resolución, DICTANDO en su lugar otra por la que, ESTIMAMOS LA DEMANDA interpuesta por Doña Azucena y D. Vicente frente a BANCO CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA, S.A.U y consecuentemente; DECLARAMOS NULA por falta de transparencia y abusiva, la condición general contenida en la escritura de Préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes de fecha 21 de septiembre de 2009, cláusula Financiera Tercera Bis en el particular que literalmente reza: " En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,5% ni inferior al 3,5%", y CONDENAMOS al citado Banco demandado a devolver a los actores las cantidades abonadas de más por aplicación de dicha cláusula, desde la fecha de la Publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 . Imponemos las costas de la primera instancia a la parte demandada condenada y no hacemos especial pronunciamiento con respecto a las originadas por esta Alzada.

Al estimarse el recurso procede la devolución del depósito constituido al amparo de la Disposición Decimoquinta de la [Ley Orgánica 1/2009 \(RCL 2009, 2089 \)](#) .

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber, conforme a los artículos 208 n.º 4 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) y 248 n.º 4 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) , que contra ella cabe interponer, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, interposición que deberá hacerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla para su resolución por el Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.