



SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
Avda. Tres de Mayo nº3
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 34 94 19-20
Fax.: 922 34 94 18
Email: s04audprov.tfe@justiciaencanarias.org
Proc. origen: Recurso de apelación Nº proc. origen:
0000426/2017-00
Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa
Cruz de Tenerife

Rollo: Recurso de apelación
Nº Rollo: 0000039/2018
NIG: 3803842120160005344
Resolución: Sentencia 000090/2019

SENTENCIA

Rollo núm. 39/2018.

Ilmos. Sres.

Presidente

Don Pablo José Moscoso Torres.

Magistrados

Don Emilio Fernando Suárez Díaz.

Doña María Raquel Alejano Gómez.

En Santa Cruz de Tenerife, a doce de marzo de dos mil diecinueve.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Magistrados antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife, en los autos núm. 356/16, seguidos por los trámites del juicio ordinario, promovidos, como demandante, por DON representado por la Procuradora doña Irma Amaya Correa y dirigido por la Letrada doña Noemí Melio Martín, contra CAIXABANK S.A., representada por la Procuradora doña y dirigida por la Letrada doña , ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente el Magistrado don Pablo José Moscoso Torres, con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrada-Juez doña dictó sentencia el siete de noviembre de dos mil dieciséis cuya parte dispositiva es del





tenor literal siguiente: «**FALLO** : 1º) Se estima la demanda formulada por la representación procesal de Dº frente a CAIXABANK, S.A. 2º) Se declara nula la estipulación contenida en el contrato concertado por los litigantes el día 21 de febrero de 2008, según la cual el tipo de interés remuneratorio no podrá en ningún caso ser inferior al 2,75%, con las consecuencias inherentes en cuanto a modificación del capital pendiente de amortización, con elaboración de un nuevo cuadro, y revisiones sucesivas. 3º) Se condena a la demandada a abonar al demandante las cantidades que ha percibido desde la celebración del contrato por aplicación de la estipulación que se declara nula y las que pueda percibir en el futuro hasta el momento en que dicha estipulación deje de ser efectivamente aplicada. Esa cantidad se determinará en ejecución de sentencia y será la que resulte de restar al importe de las liquidaciones efectuadas el importe de la liquidación que se debería haber realizado de no aplicarse la cláusula contractual que se declara nula. 4º) Las cantidades debidas devengarán el interés legal del dinero conforme a lo resuelto en el Fundamento Decimoprimer. 5º) Las costas procesales se imponen a la parte demandada.».

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 26 de febrero 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.- 1. La sentencia apelada estimó la demanda y declaró la nulidad por abusiva de la “cláusula suelo”, contenida en la escritura de préstamo hipotecario concertado entre las partes el 9 de marzo de 2009, condenando a la entidad demandada a la restitución del importe de las cantidades cobradas de más mediante la aplicación de dicha cláusula desde el inicio del contrato..

2. Dicha resolución ha sido apelada por la entidad demandada que, como fundamentos de la impugnación, formula las siguientes alegaciones: (i) La errónea valoración de la prueba en cuanto a la información facilitada por CAIXABANK a la parte actora. La cláusula controvertida supera el doble control de transparencia. (ii) La sentencia recurrida contraviene la doctrina jurisprudencial sentada por el Pleno del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 en relación con la irretroactividad de la devolución de cantidades. (iii) Conclusiones del Abogado General del TJUE a propósito de la cuestión prejudicial elevada en relación a la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo techo. De las costas del procedimiento.

3. Los actores se han opuesto al recurso presentado de contrario y refuta sus argumentos, interesando la confirmación de la sentencia apelada.





SEGUNDO.- 1. La primera alegación del recurso tiene en cuenta la modalidad de la operación llevada a cabo entre las partes (Hipoteca Joven, subvencionada por el Gobierno de Canarias) que, según entiende la entidad apelante, se ha desarrollado en condiciones tales que permite entender que supera el doble control de transparencia en función de los folletos informativos sobre el tipo de operación concertada, del convenio público celebrado entre la Administración y las entidades bancarias y la información ofrecida en la Bolsa de Vivienda Joven. Sin embargo, hay que tener en cuenta que tal modalidad ya ha sido analizado en ocasiones anteriores por esta Sección que ha concluido en que las particularidades de dicha operación no implican, por sí mismas, que se haya superado el doble control, sin perjuicio que en el caso concreto de que se trate haya podido existir una información idónea y adecuada, lo que no es el caso.

2. En efecto, la transparencia y su control no implica solo una exigencia de claridad en la redacción formal de la estipulación, sino que reclama algo más; en concreto, que el consumidor tenga un conocimiento, sino exacto y preciso del todo, sí al menos aproximado de la verdadera significación y alcance de la cláusula controvertida y, por tanto, de su repercusión económica en la esfera del consumidor; por ello la exigencia de la transparencia reclama que se ofrezca una información suficiente al consumidor (que no se agota con el tenor simple del contrato o de la oferta vinculante), con explicación sobre la relación real y proporcional entre el máximo y mínimo interés (techo y suelo) previsto y de las posibilidades reales o ficticias de que el primero (techo) pueda producirse (pues se presentan como contraprestaciones equivalentes), con presentación de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar y con una indicación previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad (caso de existir) o advertencia de que el concreto perfil de cliente no se le ofertaron las mismas.

3. Nada de eso aparece en este caso, aunque se tratara de la modalidad de la "Hipoteca Joven", pues, ni el tenor del convenio de colaboración, ni su adenda, ni la solicitud del préstamo firmada por el actor ofrecen información detallada sobre esa aspecto, ni tampoco el resto de la prueba es expresiva de que se agotó esa información, ya que se le dio una explicación formal señalada pero no consta que se le diera esa otra información y explicaciones a las que se ha aludido que no se agotan con la efectivamente suministrada. Tampoco la información del Notario en la escritura colma ese control, sin que esa información cumpla los presupuestos ya mencionados. Precisamente, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo (sentencia del Pleno de este Tribunal del día ocho del mes de junio de dos mil diecisiete), señala que aunque la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo en los supuestos en los que se ha suministrado una previa información precontractual adecuada, esta intervención no puede, por sí sola, sustituir a dicha información. Tampoco en este caso consta que se diera una información adecuada en la negociación precontractual.

TERCERO.- 1. El mismo criterio, por lo demás, se sigue en por la Sección 3ª de esta Audiencia, por ejemplo, en su sentencia de 18 de septiembre de 2015. Y sobre la cuestión también se ha pronunciado el Tribunal Supremo justamente al analizar el recurso de casación interpuesto contra esa sentencia de la Sección 3ª, en el auto de 4 de abril del presente año, resolución que, a su vez, se remite a la sentencia del mismo Tribunal de 29 de septiembre de





2017, relativo a las hipotecas convenidas en el marco de los conciertos de colaboración de la Administración Autónoma con las entidades bancarias; en esta sentencia se señalaba que *«... la autoría material de la cláusula es indiferente, puesto que lo relevante es su utilización e incorporación a una serie de contratos...»*, sin que *«tampoco puede aceptarse que la imposición viniera determinada por la administración, porque el convenio suscrito entre la... [administración] y las Entidades de Crédito en orden a la financiación de las promociones, adjudicaciones y adquisiciones de las viviendas de nueva construcción, que hayan sido calificadas provisionalmente, el amparo del Plan Especial de Viviendas..., y era un pacto de mínimos, es decir, que las entidades financieras tenían que ofrecer a los clientes, como mínimo, las condiciones que figuraban en el convenio, pero nada impedía que ofrecieran condiciones más ventajosas...»* concluyendo que *«fue, pues, la entidad financiera quien predispuso e impuso la cláusula litigiosa, en tanto que el elemento de la imposición supone, simplemente, que las condiciones generales pasan a formar parte del contrato a iniciativa, exclusivamente, de una de las partes, en este caso, dicha entidad. En todo caso, lo relevante no es la inclusión de la cláusula suelo, que como tantas veces hemos dicho no es ilícita por sí misma, sino que la misma debía ser transparente, lo que no estaba determinado por el Convenio marco, sino por la manera en que efectivamente se incluyera en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor y por el modo en que se informara a éste de sus consecuencias jurídicas y económicas»*.

2. En definitiva, el Tribunal Supremo viene a confirmar en tales resoluciones los criterios seguidos por esta Audiencia sobre el control de transparencia en esta modalidad de hipotecas, que por sí mismas no superan ese control en tanto en cuenta no consta que se ofreciera la información precisa al efecto, lo que igualmente determina la desestimación de la siguiente alegación del recurso, pues en definitiva la sentencia apelada no infringe la doctrina fijada por nuestro Tribunal Supremo en la materia sino que, al contrario, se ajusta a ella.

CUARTO.- 1. Mayor fundamento cabría conferir a la otra alegación del recurso, referente a los efectos restitutorios derivados de declaración de nulidad de la citada cláusula conforme a lo dispuesto en el art. 1303 del CC, pues esos efectos ya habían sido fijados por el Tribunal Supremo mediante doctrina sentada en la sentencia del Pleno de 25 de marzo de 2015, en el sentido de que únicamente procedería la restitución de intereses a partir de la fecha de publicación de la sentencia del mismo Tribunal de 9 de mayo de 2013. La sentencia apelada, sin embargo, se aparta de ese criterio, que no aplica, y considera que los efectos deben retrotraerse al momento inicial de la aplicación de la cláusula, de modo que las cantidades que deben restituirse no son solo las percibidas desde la fecha de la segunda sentencia citada, sino la totalidad de las cobradas desde el inicio del contrato.

2. Naturalmente, si la sentencia apelada se aparta y no aplica la doctrina del Tribunal Supremo (doctrina que si bien no tiene la categoría de fuente directa del Derecho, sí tiene la significación que le corresponde según el art. 1.6 del Código Civil de complemento del ordenamiento jurídico), parece lógico atribuir un claro fundamento al recurso que, justamente, pretende la aplicación de esa doctrina jurisprudencial establecida; y ello porque, como ha mantenido esta Sección en ocasiones anteriores, *«cualquiera que sea su criterio desde un punto de vista jurídico doctrinal, debe atenerse al seguido por ese Alto Tribunal por razones de coherencia con nuestro sistema procesal y con el significado del recurso de casación por interés casacional, por razones de estricta seguridad judicial -que es un principio constitucionalmente*





relevante de acuerdo con el art. 9.3 de la Constitución Española- y también por el respeto que a esta Sección le merecen las decisiones de ese tribunal superior en razón de su autoridad»

3. Lo que ocurre es que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de diciembre de 2016 (posterior a la fecha de la sentencia impugnada y a la de interposición del recurso), ha venido a corregir el criterio mencionada del Tribunal Supremo por estimarlo contrario a la normativa europea de consumidores, y ha venido a corroborar el criterio de la sentencia de primera instancia, que retrotrae los efectos restitutorios al momento inicial del contrato. Por tanto, la aplicación del principio de la interpretación del ordenamiento estatal conforme a la normativa europea según las resoluciones del TJUE, obliga a dar prioridad al criterio mantenido por este Tribunal, lo que lleva consigo la desestimación de este otro motivo del recurso.

4. Por lo demás y a la vista de dicha sentencia del TJUE decae de igual modo la última alegación del recurso, pues las conclusiones del Abogado General en la cuestión prejudicial planteada al respecto necesariamente deben ceder ante el contenido de la sentencia recaída en tal procedimiento.

CUARTO.- 1. Procediendo la desestimación de ambas alegaciones del recurso, la sentencia apelada debe confirmarse en su integridad.

2. Procediendo la desestimación del recurso, las costas originadas con el mismo deben imponerse a la parte apelante por disponerlo así el art. 398.1, en relación con el art. 394, ambos de la LEC.

F A L L O

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto y **CONFIRMAMOS** en todas sus partes la sentencia recurrida, **IMPONIENDO** a la parte apelante de las costas originadas en la segunda instancia, **CON PÉRDIDA** del depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se interpondrán ante esta Sección de la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a partir de su notificación.

Devuélvase 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.

