

En Santander, a 10 de enero del 2017.

Vistos en trámite de apelación ante esta Audiencia Provincial sección 4 de Cantabria los presentes autos de Procedimiento Ordinario 52/14, Rollo de Sala núm. 0000046/2015, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 1 de Santander.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante Banco Popular Español SA, representado por el Procurador Sr. Isidro Mateo Pérez, y defendido por el Letrado Sr. Jorge Capell Navarro; y parte apelada D. José Ramón, representado por la Procuradora Sra. Felicidad Buenaga Castañeda, y asistido del Letrado Sr. Alfonso Mario Rodríguez del Barrio.

Es ponente de esta resolución la Iltrma. Sra. Magistrada D^a María del Mar Hernández Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Iltrmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil núm. 1 de Santander, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 20 de noviembre del 2014, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que estimando totalmente la demanda interpuesta por la Sra. Buenaga Castañeda en la representación que viene acreditada

Declaro la nulidad del punto 3.3 en la que expresamente dice “Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas parte, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,950% por ciento. Y respecto a la cláusula techo contenida en la letra g) que estipula “A efectos meramente hipotecarios, el tipo máximo de interés a aplicar será el 8,625% por ciento anual.

Se condena a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso, más aquellas que se devenguen durante la tramitación del procedimiento; todo ello a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta una eventual sentencia estimatoria, y

su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del 3,950% de suelo, conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más un punto.

Se condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia; y tramitado el mismo se remitieron las actuaciones a la Il. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido, por turno de reparto, a esta Sección, donde tras la deliberación y el fallo del recurso, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada estimó la demanda declarando la nulidad de la cláusula contractual por la que se limitaba la variabilidad de los tipos intereses al considerarla abusiva, condenando a la demanda a recalcular y aplicar al préstamo los intereses sin la cláusula declarada nula. El recurso de fundamenta en el error en la valoración de la prueba, la infracción de la jurisprudencia e indebida condena al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- De la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y las que le han seguido relativas a la nulidad de las conocidas como cláusula suelo se extraen las siguientes consideraciones. En primer lugar, el desequilibrio entre las prestaciones que conforman el objeto principal del contrato incorporadas a una condición general no supone el abuso de la condición. Sin embargo, cuando se produce dicho desequilibrio, las cláusulas han de ser transparentes pudiendo ser declarada abusiva una cláusula referida al objeto principal del contrato por falta de transparencia. En segundo lugar, las condiciones generales de la contratación se someten a un doble control de transparencia cuando se insertan en contratos celebrados con

consumidores. El control de incorporación, común en todos los casos, y el segundo control de transparencia, cuando las cláusulas están insertas en contratos celebrados con los consumidores, relativo a verificar si el consumidor puede hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá. Cuando no se supera este doble control de transparencia, es posible verificar el control de abusividad aunque defina el objeto principal del contrato.

Según se establece en esa sentencia “229. Que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad - este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor”.

TERCERO.- Entrando en primer lugar en el motivo relativo al error en la valoración de la prueba, sostiene el apelante que de la practicada se extrae que el actor fue debidamente informado de manera completa y que existió real negociación de la cláusula.

El motivo se desestima. Como se señala en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2015 que condensa la doctrina jurisprudencial al respecto “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 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”.

En la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 se fijaron como criterios determinantes de la falta de transparencia de las cláusulas suelo objeto del procedimiento de nulidad de condiciones generales de la contratación “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”.

Atendiendo a los criterios anteriores fijados por el Tribunal Supremo y reiterado en resoluciones posteriores, no consideramos que se haya producido error alguno en la valoración de la prueba. Frente a ello, de la practicada no se extrae que haya existido información suficiente en relación a que la cláusula suelo constituyese un elemento definitorio del contrato, puesto que se insertó de manera conjunta con la cláusula techo dando apariencia de contraprestación de ésta y vinculándola a ella, no se ha acreditado la realización de simulaciones, no consta que se diera suficiente información sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo y se incorporaba entre una gran cantidad de

cláusulas.

En concreto, la simple inclusión de dicha cláusula en la oferta vinculante no acredita que se informara de manera suficiente y amplia sobre el carácter definitorio ni su trascendencia. De no incluirse en la oferta vinculante referencia a la cláusula suelo lo que sucedería es que habría sido ocultada al consumidor, cuestión distinta a la aquí analizada puesto que lo relevante es la falta de información y consciencia de la importancia de dicha cláusula, de su trascendencia y consecuencias económicas. A su vez, el acomodo de dicha oferta vinculante con la reglamentación administrativa no es suficiente para entender colmadas las exigencias de efectiva y real información sobre su alcance y trascendencia.

En cuanto a la prueba testifical del empleado de la demandada no es suficiente para acreditar que se otorgó una información suficiente para hacer comprensible al actor la trascendencia de dicha cláusula. En primer lugar, puesto que su vinculación con la actora supone que su declaración sea similar a la de un interrogatorio de parte, ordinariamente insuficiente para acreditar los hechos controvertidos en un pleito cuya carga incumba a dicha parte. En segundo lugar, puesto que no se ha aportado documento alguno que sirviera de soporte a las simulaciones realizadas, siendo la prueba documental la apta para tal fin.

En último lugar, las dos rebajas en el tope mínimo de los intereses a las que se refiere el recurrente en modo alguno acreditan que en el momento de la contratación el actor fuera informado y comprendiera la trascendencia económica y jurídica de la cláusula. Todo ello teniendo en cuenta que al igual se recogía en la sentencia del Tribunal Supremo citada, se insertó la cláusula litigiosa de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma, y no consta que se informase de que constituía un elemento definitorio del objeto principal del contrato ni de sus consecuencias económicas y jurídicas.

CUARTO.- En cuanto a la primera alegación, se refiere el apelante a la consideración de la cláusula suelo como parte del precio y consecuencias de ello, señalando que el demandante fue informado y conocía la incidencia y trascendencia de la cláusula, no adoleciendo de falta de transparencia. En segundo lugar sostiene que el equilibrio

debe ser valorado en términos contractuales y no en comparación con la cláusula techo, remitiéndose en ambos casos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a distintas resoluciones de órganos inferiores, previas todas ellas a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

El motivo se desestima. En primer lugar, ha de darse por reproducido lo señalado en el fundamento de derecho anterior donde se desestimó el relativo al error en la valoración de la prueba y se consideró que no había resultado acreditado el ofrecimiento de suficiente información en los términos exigidos jurisprudencialmente. Por otro lado, ya nos hemos referido a dicha jurisprudencia y consideramos que la misma ha sido respetada en la resolución apelada que se apoya en ella para estimar la demanda. En la sentencia de 9 de mayo de 2013 se añadía además que “257. No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-... 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. Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el IBET..) depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes. 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”.

En el presente caso entendemos que, atendiendo a las circunstancias

concurrentes, la cláusula adolece de falta de transparencia, no conociendo el deudor su trascendencia. A su vez, la cláusula declarada nula establecía que el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable no podrá ser inferior al 3,950% anual ni superior al 8,625% anual. Consideramos que esta cláusula, ateniendo a las oscilaciones de los tipos de interés a corto y medio plazo previsibles en el momento de suscribir el contrato, suponía en la práctica el establecimiento de un tipo mínimo de interés, convirtiéndolo en fijo y no variable. Frente a ello, el tope máximo o techo en ese corto y medio plazo no resultaba previsiblemente alcanzable. En la práctica, los únicos riesgos que estaban siendo objeto de cobertura con dicha cláusula eran los de la entidad bancaria y, en concreto, los derivados de la bajada a mínimos que llegaron a ser históricos de los tipos de interés. Frente a ello, de ningún riesgo real se estaba protegiendo al consumidor, faltando el equilibrio de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto.

QUINTO.- El tercer motivo se refiere a la que se califica como “necesaria irretroactividad” y vulneración de lo establecido por el Tribunal Supremo.

El motivo se desestima. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, ha declarado que “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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

En consecuencia, debe considerarse superada la doctrina fijada en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo a partir de la núm. 139/2015, de 25 de marzo de 2015, que limitaron los efectos retroactivos de la nulidad a la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, restringiendo los efectos de

restitución derivados de la nulidad de la cláusula suelo a los pagos de intereses efectuados en aplicación de la misma a partir de la publicación de dicha sentencia, justificándolo en la buena fe y en el riesgo de trastorno grave del orden público. Por ello debe ser desestimado el motivo.

SEXTO.- El último motivo combate la condena al pago de las costas procesales, por existir las que considerar latentes dudas de hecho y de derecho.

El motivo se desestima. Esta Sala entiende que ninguna duda de hecho concurre. En cuanto a las de derecho, exclusivamente se aprecia la relativas al alcance de la obligación de restitución derivada de la nulidad de la cláusula. No obstante, tanto en el supuesto en que el criterio a seguir fuera el del actor (obligación de restitución plena desde la celebración del contrato) o el de la demandada (desde la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013), la estimación de la demanda en la primera instancia hubiera sido sustancial por lo que, en ambos, casos, hubiera procedido la condena al pago de las costas procesales, siendo distinta cuestión en esta apelación.

SÉPTIMO.- Como consecuencia de lo anterior, procede desestimar el recurso de apelación. No obstante, no se realiza condena al pago de las costas procesales de esta apelación. La simple suspensión del presente procedimiento a la espera de conocer el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la compatibilidad de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en relación a la limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de las cláusulas suelo, es representativa de la existencia de serias dudas de derecho en relación al tercer motivo del recurso hasta la sentencia de 21 de diciembre de 2016. Ello justifica la no condena en costas procesales de esta apelación (art. 398 LEC) puesto que de haber sido distinto el criterio del Tribunal de Justicia, dicho motivo hubiera sido estimado y no se hubiera realizado condena al pago de las de esta segunda instancia.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que conferida por la Constitución Española, y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación

interpuesto por la representación de Banco Popular Español, S.A., contra la ya citada sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander, la que la que debemos confirmar y confirmarnos, sin que proceda la condena en costas en esta segunda instancia.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos. María José Arroyo García.- Marcial Helguera Martínez.-
María del Mar Hernández Rodríguez.