

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN CUARTA
BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LAUGARREN
SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016665
Fax / Faxes: 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.02.2-16/000943
NIG CGPJ / IZO BJKN :48013.42.1-2016/0000943

A.p.ordinario L2 / E_A.p.ordinario L2 15/2017 - M

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barakaldo / Barakaldoko Lehen Auzialdiko 1 zk.ko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 88/2016 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. y XXX

Procurador/a/ Prokuradorea: GERMAN ORS SIMON y BEATRIZ OTERO MENDIGUREN

Abogado/a / Abokatua: CARLOS ARANGUREN ECHEVARRIA y JAVIER VIAÑA DE LA PUENTE

Recurrido/a / Errekurritua:

Procurador/a / Prokuradorea:

Abogado/a/ Abokatua:

S E N T E N C I A N º 320/17

ILMOS. SRES.

D^a. ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA

D^a. LOURDES ARRANZ FREIJO

D. EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI

En BILBAO (BIZKAIA), a veintiocho de abril de dos mil diecisiete.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, los presentes autos de **P. ORDINARIO N º 82/16**, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Barakaldo y seguidos entre partes:

Como partes recurrentes que se oponen a los recursos de contrario:

D. XXX representada por la Procuradora Sra. Otero Mendiguren y dirigida por el Letrado Sr. Javier Viaña de la Puente.

Y BANCO POPULAR ESPAÑOL., S.A., representada por el Procurador Sr.

Ors Simón y dirigido por el Letrado Sr. Carlos Aranguren Echevarría.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 9 de noviembre de 2016 es del tenor literal siguiente:

"PARTE DISPOSITIVA: Se **ESTIMA parcialmente** la demanda interpuesta por la representación procesal de Xxx frente a Banco Popular Español.

Se declara la nulidad de cláusula contractual contenida en la escritura hipotecaria de fecha 22 de marzo de 2005 otorgada entre las partes declarándose nula la siguiente estipulación;

"Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este caso concreto será del 2, 85%".

Se **CONDENA** a Banco Popular Español a estar y pasar por la anterior declaración, a restituir las cantidades cobradas hasta el momento en aplicación de la citada cláusula, a recalcular y rehacer con exclusión de la condición relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con la demandante contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado más los intereses legales.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante y demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido **el nº 15/17 de Registro** y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada **D^a LOURDES ARRANZ FREIJO**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interesaba en la demanda la declaración de nulidad de nulidad

de la cláusula 1.4 (modificación del tipo de interés), párrafos 3 y 4, así como del párrafo 3 del apartado b de dicha cláusula, en cuanto a los límites de la variación del tipo de interés aplicable, ambas contenidas en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el demandante y la entidad bancaria demandada.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda, y declara la nulidad de la cláusula, relativa a los límites de variación del tipo de interés, condenado al Banco Popular a restituir las cantidades cobradas hasta el momento, en aplicación de dicha cláusula.

La parte demandante interpone recurso de apelación solicitando la revocación de la sentencia de instancia, y en su lugar el dictado de otra por la que se estime íntegramente su demanda, condenando a la demandada al pago de las costas.

El Banco Popular interpone así mismo recurso de apelación, solicitando la revocación de la sentencia, y el dictado de otra acordando la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula declarada nula únicamente desde la fecha de la publicación de la sentencia 2141/2013 del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013. Sin efectuar condena en costas en ninguna de las dos instancias.

SEGUNDO.- RECURSO DEMANDANTE.

Con apoyo en lo establecido en la Orden de 5 de Mayo de 1994, sobre transparencia en las condiciones financieras de los préstamo hipotecarios, y puesto que no existe duda de que en la oferta vinculante se establecía como tipo de interés sustitutorio el IRPH, se sostiene que ello debe dar lugar a la estimación de la demanda, toda vez que dicho documento vinculante, no solamente fue el pactado por el cliente, sino que además esas condiciones no fueron ni siquiera apuntadas en la escritura pública, sin que tampoco el Notario hiciera advertencia expresa las partes, al no comprobarse por él ni por el Banco, que la oferta vinculante no coincidía con lo que se estaba firmando.

Añade que la confusa redacción del préstamo hipotecario a través de dos escrituras, en las cuales en un primer lugar se adjudica una VPO, con subrogación total en las condiciones de colaboración con el Gobierno Vasco, para después modificar en lo sustancial dichas condiciones, conduce a concluir que dichos contratos contradicen el RD 515/1989, así como la Ley 2 de 1994 de 30 de Marzo sobre modificación de préstamos hipotecarios, ya que en el art. 2 de dicha Ley se establecen los requisitos de la subrogación, volviéndose en ese momento a regular la oferta vinculante como elemento contractual del préstamo hipotecario.

La cláusula cuya nulidad se solicitaba en la demanda es del siguiente tenor literal:

1.4) *"MODIFICACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS"*

(...)

(...)

<A partir del día 4 de Mayo de 2006 el tipo de interés aplicable a las liquidaciones que se produzcan, se determinará mediante la aplicación del 85% del tipo de interés de referencia. Se tomará como tipo básico de referencia el último publicado quince días antes de la fecha de revisión.

A estos efectos, se establece como tipo básico de referencia el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito y publicado mensualmente en el BOE como índice de tipo de referencia oficial, definido en el apartado 3 del Anexo de la Circular 8/90 del Banco de España.

Como índice sustitutorio el tipo de interés de referencia el tipo interbancario a 1 año (Euribor), publicado mensualmente en el BOE como índice o tipo de referencia oficial definido en la apartado 7 del Anexo VIII de la circular 8/19990 del Banco de España, introducido por la circular 7/199 de 29 de junio, la que se le adicionará un margen o diferencial de 0,60 euros porcentuales.>

La parte actora basaba la solicitud de la declaración de abusividad de la referida cláusula en su falta de transparencia, pretensión que la sentencia de instancia rechaza, al considerar que al actor se le había dado la oportunidad de elegir entre el índice pacto o el Euribor, no siéndole impuesto el índice pactado, y sin que el hecho de que no se pudiera predecir su evolución pudiera considerarse abusivo.

El control de transparencia no se limita al cumplimiento de los requisitos en materia de normativa bancaria, ni al cumplimiento de los requisitos de incorporación en los términos de defensa al consumidor, especialmente los de transparencia, claridad, corrección y sencillez en su redacción. Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014; *"el control de transparencia, como parte integrante del control de abusividad no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio de contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario puede evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada"*.

Para la determinación de la plena validez de estas cláusulas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece un doble control: el control de incorporación y el control de transparencia. Respecto al control de incorporación, en principio, exige para que las cláusulas se consideren incorporadas válidamente al contrato, que las condiciones generales sean claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente y que se entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía. Así respecto de lo que es el control de incorporación se exige que se redacten de manera clara y comprensible que posibilite el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 señala que: *"En el examen de validez de*

las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar -arts. 5 y 7 LCGC), pero con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente". El siguiente control por lo tanto es el control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la cláusula, esto es, fuera del ámbito de la existencia de un error del consentimiento. Este control pretende determinar si el adherente ha conocido o ha podido conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Por ello, "la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

Por tanto, resulta "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 real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación. 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".

En atención a dichos criterios, en el presente caso deberemos de concluir que la cláusula cuya nulidad se invoca no es trasparente y no lo es porque el actor no tuvo la oportunidad de conocer la cláusula de manera completa al tiempo de celebración del contrato; siendo ello así, porque, si bien en la escritura de subrogación, se acordó que se subrogaba en las condiciones que la deudora, parque S. Vicente Uno S. Coop, tenía con el entonces denominado Banco de Vasconia, lo cierto es que las condiciones de la subrogación fueron modificadas, alterando en lo sustancial su contenido, como lo es el tipo de interés y la introducción de la cláusula suelo.

No solo eso, sino que la cláusula, cuya nulidad se invoca, no se atiene las condiciones ofertadas en la oferta vinculante, en la que el de interés IRPH se establecía con carácter sustitutorio, y no principal, existiendo además una insuficiente definición del

tipo de interés pactado, pues se recoge que será el pactado por las partes en hoja anexa, hoja que resulta inexistente.

A ello hay que añadir que tampoco se dió cumplimiento a lo dispuesto en el art. 73 de la Orden de 5 de Mayo de 1994, por cuanto que al momento del otorgamiento de la escritura el Notario, no comprobó las discrepancia existentes entre el contenido de la misma y la oferta vinculante, sin que conste en la escritura advertencia alguna en tal sentido.

Por todo lo expuesto, entendemos que la cláusula analizada no supera el filtro de transparencia en los términos exigidos por la jurisprudencia citada, y por ello la sentencia de instancia debe ser revocada declarando su nulidad en los términos interesados en la demanda.

TERCERO.-RECURSO DEMANDADO.

Como inicialmente hemos dicho, el Banco Popular, interpone recurso de apelación, únicamente en el aspecto referido al efecto de la nulidad de la declaración de la cláusula suelo, al considerar que la únicamente se deben de reintegrar las cantidad indebidamente cobradas por su aplicación desde la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013.

El recurso de apelación debe ser rechazado.

Cualquiera que fuera el parecer de los miembros de esta Sala sobre la cuestión controvertida y sin perjuicio de reconocer la existencia de argumentos sólidos en favor de las diferentes posiciones adoptadas, lo cierto es que la reciente **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada el pasado 21 de diciembre de 2016**, en los asuntos acumulados C-154/15, Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco SAU, C-307/15, Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y C-308/15, Banco Popular Español SA/Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu Sentencia, ha clarificado, de forma definitiva, el debate sobre el momento a partir del cual despliega sus efectos la nulidad de las cláusulas que se declaran abusivas en contratos celebrados entre profesionales y consumidores, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993.

La mencionada STJUE de 21 de diciembre de 2016 establece:

"61. De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

62. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente

efecto restitutorio en relación con tales importes.

(...)

66. Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.

(...)

74. En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:83, apartados 67 a 70)."

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve así, de forma clara y contundente, que no cabe limitar en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad sin contravenir el derecho comunitario, fijando una doctrina jurisprudencial que se superpone a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo al versar sobre la aplicación del Derecho comunitario, tal y como se prevé en el Tratado de la Unión Europea y recoge ahora de forma expresa el art. 4 bis LOPJ, tras la reforma llevada a cabo por LO 7/2015, de 7 de junio, al disponer que: "1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

CUARTO.-Estimándose el recurso del demandante no se hará pronunciamiento sobre las costas de esta apelación.

Pese a ser rechazado el recurso de apelación, interpuesto por la demandada, tampoco vamos a efectuar pronunciamiento alguno en materia de costas procesales causadas en esta segunda instancia, atendiendo a lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398 de la LEC, teniendo en cuenta la jurisprudencia recaída al respecto en relación con el iter temporal, toda vez que el recurso de apelación el 13 de Diciembre de 2016, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo representada por la Sentencia de 25 de marzo de 2015, que dirimía las posiciones divergentes respecto a la eficacia de la nulidad

de las cláusulas suelo entre los propios Tribunales, y siendo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre la limitación por el juez nacional de los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva por la reciente Sentencia de 21 de diciembre de 2016, en relación todo ello con el art. 4 bis de la LOPJ.

Por iguales consideraciones, vamos a mantener el pronunciamiento sobre las costas de la instancia, que se realiza en la sentencia recurrida.

QUINTO.- La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito, en referencia a la parte apelante D. Xxx.

SEXTO.- La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito, en referencia a la parte apelante Banco Popular Español, S.A.

Vistos los artículos citados y los de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Xxx y desestimando el recurso interpuesto por Banco Popular Español, S.A., ambos recursos frente a la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de los de Barakaldo en los autos de P. Ordinario nº 82/2016, de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y con estimación íntegra de la demanda formulada por D. Xxx contra Banco Popular Español, S.A., debemos declarar y declaramos la nulidad de la cláusula 1.4 (modificación del tipo de interés), párrafos 3 y 4, así como del párrafo 3 del apartado b de dicha cláusula, del contrato suscrito entre las partes el 22 de Marzo de 2015, condenando a la demandada a la restitución de las cantidades cobradas hasta el momento en aplicación de dicha cláusula.

Sin pronunciamiento sobre las costas en ninguna de las dos instancias.

Devuélvase a XXX el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Transfiérase el depósito por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados, referente al apelante Banco Popular Español, S.A.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, **si se acredita interés casacional**. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 4704 0000 00 0015 17. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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