



Roj: **SAP VI 204/2017 - ECLI: ES:APVI:2017:204**

Id Cendoj: **01059370012017100132**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2017**

Nº de Recurso: **81/2017**

Nº de Resolución: **177/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA MERCEDES GUERRERO ROMEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-15/010577

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.47.1-2015/0010577

R.apela.merca.L2 81/2017 - A

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : UPAD Mercantil - Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz / Merkataritza-arloko ZULUP - Gasteizko Merkataritza-arloko 1 zenbakiko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 416/2015 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: CAIXABANK S.A.

Procurador/a/ Prokuradorea:LUIS PEREZ AVILA PINEDO

Abogado/a / Abokatua: MAITANE ANSA

Recurrido/a / Errekurritua: Esther y Pio

Procurador/a / Prokuradorea: ISABEL GOMEZ PEREZ DE MENDIOLA.

Abogado/a/ Abokatua: GRACIA MARIA HERRERA DELGADO

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. Dª. Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, D. Iñigo Madaria Azcoitia y Dª M. Belén González Martín, Magistrados, ha dictado el día treinta de marzo de dos mil diecisiete,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 177/17

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 81/17, procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Ordinario nº 416/15 promovido por **CAIXABANK S.A.**, dirigida por la Letrada Dª Maitane Ansa y representada por el Procurador D. Luis Pérez-Avila Pinedo, frente a la sentencia nº 159/16 dictada el 14-06-16, siendo parte apelada Dª **Esther y D. Pio**, dirigidos por la Letrada Dª Gracia Mª Herrera Delgado y representados por la Procuradora Dª. Isabel Gomez Perez de Mendiola, siendo Ponente la Ilma. Sra. Presidenta Dª Mercedes Guerrero Romeo.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia nº 159/16 cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

"ESTIMANDO la demanda interpuesta por Esther y Pio Esther y Pio representados por Isabel Gómez Pérez de Mendiola, frente a CAIXABANK, S.A. representada por el Procurador Luis Pérez Avila,

DECLARO:

*La nulidad de las cláusulas Tercera Bis de los contratos documentados en escrituras públicas de 02.10.1998 y de 01.03.2001 suscritos entre las partes en cuanto establecen como índices de referencia a aplicar en los mismos el **IRPH** Cajas y como índice sustitutivo el Tipo Activo de Referencia de las Cajas de Ahorros (CECA), manteniendo la vigencia de los contratos con el resto de sus cláusulas.*

Y CONDENO a la demandada:

-A estar y pasar por las declaración anterior, absteniéndose de aplicar en el futuro las indicadas cláusulas, manteniendo los contratos su vigencia con las restantes.

-A devolver a los demandantes las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio cobrado en los dos préstamos a partir de la fecha de aplicación del interés variable, es decir, una vez superado el primer periodo o primera fase en la que se aplicó un tipo fijo del 5% en el contrato de 02.10.1998 y de 6 % en el de 01.03.2001, hasta la efectiva supresión e inaplicación de las cláusulas declaradas nulas en esta sentencia.

-A abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC hasta su pago.

Se condena en costas a la demandada."

Posteriormente con fecha 01-09-16 se dictó Auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"1.- Se desestima la petición formulada por CAIXABANK S.A. de complemento de la sentencia dictada con fecha 14/6/2016 , en el presente procedimiento.

2.- En consecuencia no ha lugar a variar en el texto de la referida resolución."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de **CAIXABANK S.A.,** recurso que se tuvo por interpuesto el 25-11-16 dándose el correspondiente traslado a la contraparte personada por diez días para alegaciones, presentando la representación de **Dª Esther y D. Pio** , escrito de oposición al recurso planteado de contrario, elevándose, seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO .- Comparecidas las partes y recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 08-02-17 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia a la Ilma. Sra. Presidenta Dª Mercedes Guerrero Romeo, y tras la admisión de la prueba propuesta por la parte apelante se señaló para vista el 23-03-17, celebrándose la misma con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sobre la efectiva negociación de la cláusula

La Caixa alega en su primer motivo que se informó al cliente sobre el préstamo que iba a firmar y se le entregó la oferta vinculante. Añade que en la escritura pública se describe de forma detallada el índice de referencia aplicable, que en este caso sería el de las Cajas de Ahorros. Pretende corroborar estos hechos con la testifical del empleado de la Caixa Sr. Benigno que declaró en la vista celebrada en esta Audiencia.

No consta en qué sustenta su alegación la parte apelante. Ninguna prueba se ha propuesto o practicado destinada a acreditar lo que sostiene, es decir, que hubo información precontractual, y que al cliente se le explicó la diferencia entre el Mibor y Ceca, que eran los índices de la época en que se contrató la hipoteca. Esa afirmación carece de prueba. Si la hubo, corresponde al apelante acreditarlo. Y no lo ha hecho.

Seguidamente se mantiene que la escritura que documenta el préstamo con garantía hipotecaria contiene una descripción de los índices y la diferencia entre ellos. La lectura en la notaría no supone información precontractual, puesto que en ese momento se perfecciona el contrato.



Por su extensión, la cláusula decisiva puede llegar a pasar desapercibida como señala el § 212 de la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 . Añade la STS 8 septiembre 2014, rec. 1217/2013 , FJ 2º, apartado 9, que deben incluirse criterios precisos y comprensibles para que se pueda evaluar el alcance jurídico y económico de la limitación, lo que no consta.

Respecto a la OM 5 de mayo 1994, oferta vinculante, que se dice entregada previamente a los prestatarios, no se ha aportado la que corresponde al préstamo.

Sobre las manifestaciones en juicio de empleados bancarios afirma la STS 10 de diciembre de 2.014 que *"Tampoco puede acogerse el argumento de que los empleados de Banco - estuvieron dispuesto a responder cuantas preguntas se les formularon. Como ya declaramos en la sentencia 244/2013 de 18 de abril, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante."*

El Sr. Benigno manifestó que informó al cliente del tipo de interés, en aquella época no se aplicaba el Euribor, el índice de referencia más común era el Mibor o el Ceca, que después sustituyó al **IRPH**. Se le entregó la oferta vinculante antes de ir al notario, que después leyó la escritura. Reconoce que tuvieron la posibilidad de firmar otro índice, si bien, todo lo hacían con lo que hoy es **IRPH**. Cuando los tipos bajaron optaron por continuar con el **IRPH**. Admite que cuando informó sobre el tipo no hubo simulaciones, no era costumbre.

Todo lo expuesto hasta aquí impide acoger el motivo. No hay prueba de que hubiera información contractual, el testimonio del empleado no es suficiente para considerar atendida esa obligación por la vaguedad en que se expresa, la lectura en la notaría no puede considerarse información previa al contrato y el perfil de los clientes no aparta la obligación de informar.

SEGUNDO.- Sobre la valoración de la prueba del control de transparencia.

En el siguiente motivo la recurrente sostiene que la incorporación de la cláusula "suelo" cumple con los requisitos de transparencia a que alude el §197 de la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 .

Las escrituras que documentan los préstamos con garantía hipotecaria contienen una estipulación con una cláusula limitativa de la variabilidad del tipo de interés. De tal dato, sin embargo, no cabe extraer que hubiera información sobre su existencia como se ha expresado en el anterior Fundamento jurídico.

El art. 5 LCGC y la jurisprudencia que lo interpreta (STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 , 8 septiembre 2014, rec. 1217/2013 , 25 marzo 2015, rec. 138/2014 , y 29 abril 2015, rec. 1072/2013), exigen un doble control al respecto, de incorporación y comprensibilidad.

El primer control de transparencia, documental, formal o gramatical en palabras del §71 STJUE 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , se atiende porque la redacción de ambas cláusulas Tercera bis del contrato son comprensibles y de las mismas se deduce con claridad que hay una limitación al descenso del tipo de interés variable, que nunca podrá bajar del 5% y 6% respectivamente.

En cuanto al segundo control de transparencia, real o de comprensibilidad, obliga según la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 , a que el profesional que predispone la condición explique la existencia y función de la cláusula. Se trata, por ello, de una obligación precontractual, que como se ha dicho en §26, no se atiende porque el notario lea la escritura que documenta el préstamo con garantía hipotecaria. Debe cumplirse antes, durante la fase de negociación del préstamo.

El art. 3.2. de la Directiva 93/13/CEE ha establecido sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que "Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba". En sentido semejante, el art. 82.2 del RDL 1/2007 . Pues bien, la negociación mencionada no consta acreditada.

De los criterios que ofrece la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 puede constatarse en este caso que no se ha acreditado que hubiera información suficiente sobre su existencia y entidad. Aparece inserta entre múltiples cláusulas y en una escritura extensa. Al incluir mínimo y máximo aparenta contraprestación. No

hay prueba de simulaciones porque el testimonio del gestor no sostiene que en el caso concreto los hubiera. No consta tampoco advertencia clara y comprensible sobre el coste comparativo. Y aparece entre una abrumadora cantidad de datos que llenan hasta treinta folios. En definitiva, varios de los criterios que sostiene la jurisprudencia para constatar la insuficiencia de transparencia concurren.

Aunque la cláusula esté resaltada en negrita y mayúscula en la escritura que documenta el préstamo no constituye información precontractual, pues documenta el momento en que se perfecciona el contrato. También se insiste en que no pudo pasar desapercibida porque el notario leyó la escritura. Siendo las escrituras de gran extensión, y no constando información precontractual sobre la cláusula controvertida, puede suceder que pasara percibida, como indicaba la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, que entiende en § 212 que tales estipulaciones "No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro". Por todo ello el motivo se desestima.

TERCERO.- Sobre la falta de abusividad

Seguidamente alega la recurrente que la cláusula no es abusiva por su contenido. Dice que no existe desequilibrio entre los tipos máximo y mínimo, volviendo a insistir sobre el coste mínimo o umbral de rentabilidad. La sentencia recurrida se limita a indicar que la falta de transparencia en la incorporación justifica la declaración.

Debe compartirse el criterio de la sentencia de instancia. Si se introduce subrepticamente la previsión en un contrato de préstamo de interés variable, se altera su propia esencia. Lo dijo el ATS de 3 junio 2013, al explicar en § 17 que "La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito".

Por otro lado el reproche a que no se entra en el desequilibrio queda desmentido por la jurisprudencia. Dice así la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013, en su FJ 4º.2 que "La cita parcial de un párrafo del apartado 229 y de otro del apartado 250 de la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, no lleva a concluir lo pretendido por el recurrente, en el sentido de que, una vez determinado que la cláusula suelo controvertida no superaba el denominado doble control de transparencia, la sentencia tendría también que haberse pronunciado sobre el desequilibrio, a fin de poder declarar la nulidad".

Se alega que para el profesional es imprevisible conocer el comportamiento los tipos de interés. Esa posibilidad no ha sido tomada en consideración por la sentencia para resolver, de modo que la argumentación al respecto es irrelevante. El motivo por ello será desestimado.

CUARTO.- Sobre los actos propios.

La Caixa alega que los actores no mostraron disconformidad alguna con el índice de referencia pactado hasta el año 2.015, casi dos décadas después de la firma de la escritura, hecho que califican como retraso desleal con el que ha ejercitado la acción, pasado por alto en la sentencia de instancia.

No puede haber actos propios en una cuestión que era desconocida por los clientes. Se firmó la escritura sin la información necesaria sobre el tipo de interés, la Caixa no explicó la diferencia entre uno y otro, cuando los clientes se da cuenta que el tipo no baja en la proporción que lo hacía el Euribor es cuando comprenden que en la escritura se había establecido el actual **IRPH**. El interés se incorporó a la escritura por orden de la Caixa, sin el consentimiento expreso de los prestatarios que firmaron sin la información suficiente y sin negociar el tipo, lo que significa que hubo error en el consentimiento.

Y durante los años que han estado pagando el interés del préstamo no han comprendido la diferencia entre el **IRPH** y el Euribor, las notificaciones que llegaban de la Caixa no explicaban las características del tipo, luego difícilmente se puede concluir que hubo actos propios.

El recurso no puede prosperar.

QUINTO.- Costas.

No existen dudas de derecho, el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han resuelto los motivos de recurso alegados. En virtud del principio de vencimiento ex art. 394 y 398 LEC, las costas se impondrán al recurrente.

SEXTO.- Depósito para recurrir



47.- A la vista de la DA 15ª.8 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), procede decretar la restitución para el apelante del depósito consignado para recurrir.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por CAIXABANK SA representado por el procurador Luis Pérez Ávila contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vitoria-Gasteiz en el procedimiento Ordinario nº 416/2015, **CONFIRMANDO** la misma; y con expresa imposición de las costas al recurrente.

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 podrá interponerse 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 se si 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 Banco Santander con el número 0008-0000-06-0081-17. 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 recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA15ª 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.

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.