

SENTENCIA NÚM.: 506/20

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA
DON LUIS SELLER ROCA DE TOGORES
DON ANTONIO GONZALEZ PEDREIRA

En Valencia a dieciséis de
abril de dos mil veinte.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA LUIS SELLER ROCA DE TOGORES**, el presente rollo de apelación número 001499/2019, dimanante de los autos de Juicio Ordinario 6493/17, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 25 BIS DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a () representado por el Procurador de los Tribunales don/ña EDUARDO FACUNDO BONACASA FORES, y de otra, como apelados a BANCO POPULAR ESPAÑOL SA representado por el Procurador de los Tribunales don/ña Mª JOSE SANZ BENLLOCH, en virtud del recurso de apelación interpuesto por

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 25 BIS DE VALENCIA en fecha 26/6/19, contiene el siguiente FALLO: "DESESTIMO la demanda interpuesta por Dª Cª () representada por el Procurador D. Facundo Bonacasa Fores, frente a la entidad financiera BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y en consecuencia, ABSUELVO a la demandada de las pretensiones instadas en su contra.

Se imponen las costas procesales a la actora."

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por () , dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-Por la representación procesal de doña [redacted] se formula recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 25 bis de Valencia de [redacted] por la que se desestima su demanda formulada contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

La resolución declara que la cláusula limitativa de intereses denunciada, contenida en ls escrituras de préstamo hipotecario suscritas entre partes en 3 de junio de 2004 y novación de 26 de julio de 2007, se encuentra correctamente incorporada gozando de transparencia a la vista de documentación e información facilitada al cliente con carácter previo a la suscripción. Desestima la demanda.

En esta alzada, el demandante denuncia error en la valoración de la prueba, de la que se deduce lo contrario de lo resuelto, no superando las exigencias de transparencia. En concreto denuncia error en la valoración del cuadro de amortización facilitado (simulación de doce meses a interés fijo inicial); de la oferta vinculante que se aportó por la demandada; en la insuficiencia de tal oferta para considerar superado el control de transparencia; en el acto propio que supuso la eliminación unilateral de la cláusula en marzo de 2016. Impugna en cualquier caso la condena en costas con infracción del art. 394 LEC.

Se opone la entidad interesando la confirmación de la sentencia insistiendo en la eficacia de las ofertas vinculantes entregadas, en su claridad y en que la novación llevada a cabo en 2007 supone el conocimiento y asentimiento por el deudor. Insiste en que es correcta la condena en costas al demandante, que debe confirmarse.

SEGUNDO.-La pretensión del demandante versó sobre la de declaración de nulidad (por abusivas) de cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés contenidas la escritura de 3 de junio de 2004 y de novación de 26 de julio de 2007:

Cláusula Financiera "3. INTERESES", apartado "3.3.- Límite a la variación del tipo de interés aplicable", de la Escritura de préstamo con Garantía Hipotecario de 3 de junio de 2004, otorgada ante el notario de Valencia, D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, n.º de protocolo 2543 (Doc. 1); y la Cláusula "3 INTERESES", en su apartado "3.3.- Límite a la variación del tipo de interés aplicable", contenida en la Escritura de Ampliación y Modificación de Préstamo Hipotecario de 26 de abril de 2007, otorgada ante el notario de Valencia, D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, n.º de protocolo 1586 (doc. 2).

De acuerdo con lo que nos enseñaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, al ser referida esta cláusula a un elemento principal, esencial, del contrato

(el precio), de acuerdo con el art. 4-2 de la Directiva 93/13/CEE no puede ser objeto de control de contenido por la vía de la legislación de las condiciones generales de contratación: *"la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato"*.

El control de transparencia que procede, *"como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)"*. La Sentencia del Alto Tribunal de 8 de septiembre de 2014.

Siguiendo el iter que nos marca el Alto Tribunal en la evaluación de la validez de las condiciones generales de contratación, en concreto de esta estipulación:

1º) En primer lugar debe de superarse el filtro de incorporación para poder considerar la cláusula incluida en el contrato (artículos 5.5 y 7 de la LCGC). Para ello será preciso que su redacción sea clara, concreta y sencilla; que el adherente haya tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebrar el contrato; y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles. Para realizar tal control, son varios los criterios a los que podemos acudir: a) La Ley 7/1998 LCGC pese a la OM 5 de mayo de 1994, norma específica, STS 2 de marzo de 2011; b) Normas generales de interpretación de los contratos del Código Civil.

Debe examinarse si la información suministrada por la entidad se atiene a la forma y contenido previsto en la OM de 5 de mayo de 1994, *"el denominado control de inclusión que garantiza el conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato de la existencia de dicha cláusula y que la misma no es ilegible, oscura o ambigua -art 7 LCGC-*". La sentencia del pleno considera suficiente para superar este primer control, en el caso de las cláusulas suelo el cumplimiento en el proceso de concesión del préstamo hipotecario a los consumidores las previsiones de esta normativa sectorial.

2º El segundo control, el de transparencia, supone asegurarse de que *"los adherentes conozcan o puedan conocer tanto la carga económica que supone para ellos el contrato celebrado, la onerosidad patrimonial realizada a cambio de la prestación económica del empresario, como la carga jurídica, es decir, la definición de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos del contrato como en la asignación o distribución de riesgos de la ejecución y desarrollo del contrato."* En el concreto caso, que se pueda advertir por el adherente 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."*

El Tribunal Supremo ha señalado al respecto:

“el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.”

Ello sin que pueda quedar reducido “a un mero criterio o 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 pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13, declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”.

TERCERO.- 1. Información previa sobre la existencia de la cláusula.

De la documentación aportada por la entidad, se desprende que el demandante fue informado sobre le existencia de la estipulación.

En relación con las ofertas vinculantes. No podemos despreciar su valor por cuanto constan firmadas por el demandante y datadas unos días antes de la suscripción de las escrituras. Ahora bien, como se verá más delante, la existencia de oferta vinculante no es garantía de transparencia como viene señalando el Tribunal Supremo.

Sobre la redacción de la cláusula en la escritura. La redacción de la cláusula en la escritura aparece de manera clara y sencilla. No puede considerarse enmascarada u oculta,

habida cuenta de la corta extensión y de su destacado. Nos remitimos a la reproducción hecha más arriba. Se encuentra perfectamente realizada y destacada en negrita, sin atisbo de ocultación.

Se deduce de lo anterior que al momento de otorgamiento de la escritura, el control de la incorporación formal de la cláusula puede considerarse superado.

CUARTO.-Sobre el conocimiento por el cliente del alcance de la estipulación.

Sin embargo, pese a lo sostenido por la sentencia y la demandada, de los acontecimientos previos a la firma (relaciones precontractuales) no se evidencia que el cliente tuviera conciencia de la trascendencia de la cláusula.

Tal y como hemos señalado en nuestras sentencias (por todas la de 22 de julio de 2019, Rollo 98/19):

“La mediación de la oferta vinculante, como cumplimiento de la Orden de 5/5/1994 como se expuso por la sentencia del Tribunal Supremo de 9/5/2013, cumple con la corrección de su incorporación, pero no es suficiente para rellenar la transparencia material pues la entidad demandada debió justificar que a los prestatarios se les informó sobre el devenir jurídico y económico de la mentada cláusula, pues tergiversa la nominación de su préstamo a interés variable y al no cumplirse con tal carga informativa, propia de tal control, como ya es sobradamente conocido por reiterado jurisprudencialmente, la consecuencia es la nulidad de la cláusula por la propia fundamentación de la sentencia del Juzgado Primera Instancia.”.

Tal y como señalábamos en Sentencia de 17 de enero de 2018 (rollo 1329/2017) y en Sentencia de 28 de marzo de 2018 (Rollo 1575/2017):

“La conclusión es que la parte demandada no ha acreditado que, más allá de constar el límite mínimo, se hiciera alguna explicación a la parte actora sobre el funcionamiento y el significado económico de la cláusula. Es decir, no es un hecho probado que la existencia de la cláusula limitativa de la variabilidad en la revisión del interés variable existía y fue conocida, o pudo ser conocida, por la actora. Ahora bien, como a continuación expondremos, ello supera el control de inclusión de la cláusula, pero no es por sí sólo suficiente. Es necesario, para la superación del control de transparencia, que la parte no sólo conozca su existencia sino también su funcionamiento y su significado económico y jurídico. Para superar este control no es suficiente que la cláusula conste en la oferta vinculante, publicidad, minuta y de documentación aportada por la demandada, pues ha de acreditar que a la prestataria se le explicó el funcionamiento, el significado económico, se le presentaron cuadros de amortización comparativos, etc.”...

“Entendemos que, por lo expuesto, el nivel de incorporación quedaría superado, porque la cláusula no es oscura, y su redacción no resulta de difícil comprensión, pero no constan, en ningún caso, los escenarios, ni las simulaciones posibles, ni siquiera previsiones -aunque fuera aproximativas- de evolución de los tipos, a los efectos de evaluar, previamente y con conocimiento suficiente y adecuado las cargas económicas que, con la misma, eran contraídas, así como la posibilidad real, o muy limitada, de efectiva aplicación”.

En el mismo sentido la Sentencia 615/2017, de 20 de noviembre de 2017(rollo 684/2017), y de otra de 25 de septiembre de 2017(rollo 574/17), en supuestos similares.

Y es que, la mera alegación del profesional en el proceso del cumplimiento del deber esencial de informar sobre estos concretos extremos, no es suficiente. Hace falta algo más (vestigio principalmente documental) que acredite cumplidamente que fuera proporcionada tal información, sin que tal carga pueda desplazarse a la labor del Notario.

Se señala esto último porque en la escritura consta expresamente que el Notario “explica el contenido de la escritura” y advierte de la concurrencia de condiciones generales. Sin embargo, *“no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional.”* STS 8 de junio de 2017.

Tampoco es suficiente para ello el ofrecimiento de unos cuadros de amortización que suponen simplemente la proyección a doce meses del interés fijo inicialmente pactado, cuando la propia entidad advierte de que en el futuro pueden fluctuar. Tal fluctuación, imposible a la baja ni se señala expresamente, ni se simula el escenario.

QUINTO.-Siendo que procede así la estimación de la demanda declarando la nulidad de la estipulación, han de darse los efectos restitutorios previstos en art. 1.303 CC.

Tras la sentencia del TJUE (Gran Sala) en fecha 21 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:980) (que viene a concluir que no es compatible con el Derecho de la Unión y el art. 6.1 de la Directiva 93/13 la interpretación que limita “retroactividad” de los efectos de la declaración de nulidad de la llamada cláusula suelo, en la forma expresada en la STS de 9 de mayo de 2013) ya no cabe duda de que el efecto restitutorio en estos pleitos ha de producirse desde el primero de los pagos realizados por esa cláusula sea cual sea ese momento.

Se propone en la demanda el importe de 4.332,57 euros por remisión a unos cálculos que se incorporan llevado a cabo a través de un simulador on line. Sin embargo, no hay más que comparar las cifras que aparecen en tal simulador (al que no se acompaña más explicación) con las que figuran en el extracto bancario de las cuotas satisfechas por el demandante (aportada por el propio demandante) para constatar que no coinciden.

Por otro lado, el demandado ofrece en su contestación la cifra de 3.553,55 euros de acuerdo con una simulación que acompaña con el número tres de sus documentos. Examinada la simulación no se alcanza a comprender de donde resulta tal cifra.

Este hecho, unido a la ausencia de crítica a la cifra ofrecida por el actor y al evidente defecto (cifras erróneas) de esta, nos obliga a remitir a ejecución de sentencia la cuantificación concreta fijando, conforme al art. 219 LEC, las bases que se deducen de la demanda y de las estipulaciones contenidas en la escritura y de los propios efectos del art. 1303 CC.

exceso respecto de las que hubiera tenido que abonar mediante la aplicación del tipo de interés variable pactado previsto en la escritura, debiendo de cuantificarse en ejecución de sentencia tales importes.

Dichas cantidades devengarán los siguientes intereses: (i) el interés legal del dinero respecto a las cantidades cobradas en exceso desde que se efectuó el pago de cada una de ellas hasta la fecha de esta sentencia y (ii) el interés de mora procesal desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago en los términos del art. 576 LEC.

Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

No se efectúa condena en costas en esta alzada; y se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir a que se refiere la Disposición Adicional 15 de la LOPJ.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.

Conforme al contenido del artículo 2.2. del R.D.L. 16/2020, de 28 de abril de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, el plazo para la interposición de los eventuales recursos contra la sentencia dictada en el presente rollo de apelación queda