REMITENTE: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1. Güímar

DESTINATARIOS

Nombre	Nº colegiado	Colegio
		Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife
Maria Renata Martin Vedder	184	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

NIG:	3802041120160001540
Orden Jurisdiccional:	Civil
Procedimiento:	Procedimiento ordinario 0000330/2016

RESOLUCIÓN NOTIFICADA

SENTENCIA TEXTO LIBRE

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1
C/ Amigos del Arte. Plazoleta Domingo Díaz Martín nº 13
Güímar
Teléfono: 922 51 01 05
Fax.: 922 52 44 20
Email.: mixto1.guimar@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 0000330/2016
NIG: 3802041120160001540
Materia: Sin especificar
Resolución: Sentencia 000068/2017
IUP: IR2016007956

Intervención:	Interviniente:	Abogado:	Procurador:
Demandante		Carlos Zurita Perez	Maria Renata Martin Vedder
Demandante		Carlos Zurita Perez	Maria Renata Martin Vedder
Demandado	CAIXABANK, S.A.		

S E N T E N C I A

Vistos por mí, , Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Güimar y su Partido los presentes autos de juicio Ordinario Nº 330/2016 seguidos a instancia de D. y Dª , representados por la Procuradora Dª Renata Martín Vedder y asistidos por el Letrado D. Carlos Zurita Pérez, contra la entidad CAIXABANK SA, representada por la Procuradora Dª. y asistida por la Letrada Dª.

.

NOTIFICADO
RENATA MARTÍN VEDDER
25-05-17
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
Tel.: 922 246 456 - Fax: 922 241 265
C/. Villalba Hervás, 5 - 4º
38002 SANTA CRUZ DE TENERIFE

En Güimar, a 24 de mayo de 2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. A instancia de D. y Dª , representados por la Procuradora Dª Renata Martín Vedder, se presentó con fecha 15 de abril de 2016 demanda de juicio ordinario contra la entidad CAIXABANK SA con base a los hechos y fundamentos que tuvo por convenientes y obran en las actuaciones.

SEGUNDO. Por Decreto se admitió a trámite la demanda y se dio traslado a la demandada por plazo de 20 días. La Procuradora Dª. , en nombre y representación de la entidad CAIXABANK SA, presentó a fecha de 28 de septiembre de 2016 escrito contestado a la demanda y oponiéndose a las pretensiones del actor.

TERCERO. El día 24 de mayo de 2017 se celebró la audiencia previa, sin que las partes alcanzaran un acuerdo. No se plantearon excepciones procesales, ni hechos nuevos o de nueva noticia. La parte actora impugnó el folleto de vivienda joven alegando no haberlo recibido. Por la parte demandada no se impugnaron documentos. Se fijaron los hechos controvertidos y

se admitió únicamente prueba documental, con lo que, de acuerdo al art. 429.8 Lec, quedó el pleito visto para Sentencia.

CUARTO. En la tramitación de los presentes autos se han observado todos los requisitos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Pretensiones y oposición.* I/ Reclama la actora en el presente proceso la nulidad por abusividad de la denominada cláusula suelo contenida en la escritura de ampliación de capital y novación modificativa de préstamo hipotecario suscrito el de de entre D. y Dª , como prestatarios e hipotecantes, y CAJA GENERAL DE AHORROS DE CANARIAS como prestamista (absorvida posteriormente por Banca Cívica y luego por CAIXABANK), solicitando la eliminación de la estipulación que establece límites a los intereses remuneratorios variables y, en particular, el tipo mínimo de interés (cláusula suelo) al 2,750 % nominal anual, y la condena de la demandada a la devolución a la actora de las cantidades abonadas de más en concepto de intereses por aplicación de tal cláusula sin limitación alguna, con imposición de costas.

II/ La defensa de la demandada se opone alegando la existencia de información, claridad y transparencia por la entidad bancaria en la contratación de los préstamos hipotecarios y, en particular, en la negociación de los tipos de interés aplicables, entendiéndolos como parte del precio y elemento esencial del contrato. Subsidiariamente, de declararse la nulidad de la cláusula cuestionada, entiende la demandada que la restitución únicamente procedería desde la fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

III/ En definitiva, pese a lo extenso de demanda y contestación, no se cuestiona la contratación del préstamo hipotecario expuesto, ni sus términos o clausulado, ni las partes implicadas y su legitimación, siendo en líneas generales la documentación en que ambas partes sustentan sus pretensiones la misma, por lo que la controversia suscitada se centra exclusivamente, en realidad, en la existencia de la debida información y transparencia en la concreta negociación de las cláusulas cuestionadas, así como las consecuencias jurídicas que de todo ello se derivan.

De este modo, el objeto del presente litigio se circunscribe a una problemática cada vez más acuciante en el mercado minorista bancario Español, el de la vestidura comercial con la que las entidades financieras han publicitado, negociado y contratado con el público no especializado en el sector determinados productos financieros, esto es, la del revestimiento explicativo que se ha dado para su comprensión por cada suscriptor o contratante.

SEGUNDO. *Las cláusulas limitativas de la variabilidad del interés como elemento esencial del contrato, no susceptibles de control de contenido en relación a la equivalencia objetiva y sí de control de incorporación y transparencia*. I/ Las cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria ("cláusulas suelo"), como la aquí analizada, han sido objeto de estudio en la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 que, tras concretar que, al afectar a la determinación de los intereses remuneratorios y por tanto al precio, se trata de un elemento esencial de contrato, define el comportamiento práctico y económico de la cláusula controvertida, al limitar la oscilación o variación a la baja de un interés determinable en atención a un índice de referencia más un marginal, al señalar que "*La cláusula examinada, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia*." Atendiendo a dicho comportamiento económico, pese a no ser susceptible tal cláusula de un control de equivalencia o equilibrio entre las prestaciones de las partes por tratarse de elemento esencial del contrato, aquella misma Sentencia ya se encargó de establecer unos criterios configuradores de un control de trasparencia, en virtud de los cuales, a la hora de enjuiciar la validez de la cláusula, lo relevante es si el consumidor está informado de forma particularizada y comprensible sobre su existencia, importancia, funcionamiento y eventuales escenarios diversos, con sus repercusiones económicas, de tal forma que pueda tener un conocimiento subjetivo real de su implicación económica y práctica en función de las distintas y posibles oscilaciones de los índices de referencia, o si, por el contrario, ha resultado disimulada entre una abrumadora información que, en vez de aclarar su mecánica financiera, pueda confundir a un contratante medio al venir ligada a conceptos diversos como la variabilidad del interés, la existencia de uno o varios índices de referencia, un diferencial y otra cláusula techo, además de no operar usualmente desde el principio de la vigencia del contrato, sino tras el cumplimiento de un inicial periodo a interés fijo en que todos los términos y condiciones anteriores no han podido todavía desplegar sus efectos. En esta línea, señala la Sentencia de referencia que "... *La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios*", *lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato. De hecho, el IBE propone, como una de las medidas para superar la polémica desatada sobre su aplicación, la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de*

interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura y la promoción de prácticas de concesión y cobertura de créditos en los que la evaluación del riesgo de crédito de la operación tenga en cuenta los posibles escenarios de variación de los tipos y la mayor incertidumbre que tiene la operación".

II/ Ahonda en el mismo sentido, exigiendo un doble control de trasparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio, la reciente Sentencia Nº 705/2015 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 2015, que parte de la doctrina emanada de las sentencias del Pleno de la Sala 1ª del TS nº 241/2013, de 9 de mayo; 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; y 139/2015, de 25 de marzo; y de la Sentencia 222/2015, de 29 de abril, que tratan en particular tal tipo de cláusulas, y de las núm. 834/2009, de 22 de diciembre; 375/2010, de 17 de junio; 401/2010, de 1 de julio; y 842/2011, de 25 de noviembre; 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 638/2013, de 18 de noviembre; y 333/2014, de 30 de junio, que declaraban la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación, así como del contenido del art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, que establece que "*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*", para llegar a la anterior conclusión relativa a la susceptibilidad de un control, no de contenido objetivo en el sentido de equivalencia entre las contraprestaciones o control de precio, sino de trasparencia, no exclusivamente gramatical o documental, sino de información completa, adecuada y comprensible que permita un real conocimiento subjetivo de la existencia, importancia e implicación económica de la cláusula en cuestión.

Al respecto recuerda la mencionada Sentencia Nº 705/2015 que "*...la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C- 26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control.*

Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia. Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado 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, seguía diciendo nuestra sentencia, «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, 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 (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticiamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticiamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las

circunstancias concurrentes en la contratación (...) *hemos citado a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste». La STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical » (párrafo 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (párrafo 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo » (párrafo 73), y concluir en el fallo 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». Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, cuyo párrafo 74 declara: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 73)».* (...) *conforme a los artículos 8.2 y 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación a efectos del control de transparencia, lo determinante es que la cláusula en cuestión no se ha acreditado que fuera negociada individualmente, sino que fue impuesta y predispuesta por la entidad prestamista. Como dijimos en la Sentencia del Pleno nº 241/2013, de 9 de mayo "[e]l cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es*

transparente". Así como que "[l]a transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato".

III/ En definitiva, en relación al objeto principal del contrato, la transparencia debe garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, debe posibilitar la adecuada elección del consumidor en función de las circunstancias del mercado y la competencia, lo que supone que, más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, el consumidor pueda ser capaz, a partir de la información suministrada, de comprender de forma clara y sencilla el funcionamiento económico de la cláusula y tener una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto (SSTS 406/2012, de 18 de junio; 221/2013, de 11 de abril y 241/2013, de 9 de mayo).

Así, concreta la STS Nº 705/2015 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. En el caso concreto de las cláusulas suelo, dijimos en la Sentencia 241/2013, de 9 de noviembre, que debe existir una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Y constatamos, en ese y en los demás casos sometidos posteriormente a nuestra consideración, que se daba a la cláusula suelo una relevancia "secundaria"* (...), *lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato. La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que "convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euribor)". Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente*."

Aplicando la construcción anterior al caso concreto y efectuando el mencionado doble control de trasparencia concluye el Tribunal Supremo en esta Sentencia Nº 705/2015 que "... *no se trata de enjuiciar aisladamente la conclusión final que establece el suelo en el 4,50%, sino que tal corolario ha de relacionarse con todos los demás epígrafes del propio contrato relativos al cálculo y determinación del interés variable aplicable. Además*, (...) *queda envuelta entre un cúmulo de estipulaciones, menciones y datos, dificultando la comprensión efectiva de la*

realidad resultante, que no es otra que lo efectivamente contratado no era un contrato de préstamo a interés variable, sino un contrato a interés fijo (el 4,50%) únicamente variable al alza. Es decir, enmascarando que el consumidor no podría beneficiarse de las fluctuaciones a la baja del mercado de tipos de interés por debajo de dicho porcentaje, sino únicamente verse afectado por las oscilaciones al alza." De este modo considera que "...*la mencionada cláusula, pese a su comprensibilidad gramatical, no supera el control de transparencia, puesto que con independencia de la prestación del consentimiento por parte de los prestatarios y de su reflejo en la correspondiente escritura pública, no garantizaba que los mismos pudieran tener conocimiento efectivo del coste del contrato y, en particular, de que el interés que aparentemente era variable, realmente no era sino un interés fijo variable al alza en función de las oscilaciones del mercado, pero nunca inferior a dicho tope mínimo. De donde se desprende, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, que, no rebasando la condición general de la contratación puesta en entredicho el control de abusividad, en los términos expuestos, debe declararse su nulidad, conforme a los artículos 8.2 y 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación."*

IV/ Por último el control de trasparencia de las referidas cláusulas en contratos suscritos entre profesionales y consumidores, una vez impugnadas en cuanto a su validez y eficacia, resulta debido en los términos arriba expuestos desde los principios iura novit curia y control de oficio en derecho de consumo, con independencia de la concreta fundamentación en que se sustente la demanda, sin que una distinta motivación en la misma afecte a la justicia rogada y congruencia propias del derecho civil, siendo dichos aspectos también objeto de pronunciamiento expreso por en la mencionada Sentencia Nº 705/2015 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 2015, con mención del auto de la misma Sala de 6 de noviembre de 2013, aclarando al respecto que "... *[e]n la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deben atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas* (...) *[l]a correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes, puesto que el deber de congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo "iura novit curia" [el juez conoce el derecho] siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión (por todas, sentencia núm. 365/2013 , de 6 de junio). Desde este punto de vista, aunque la pretensión inicial se fundara en el desequilibrio entre las partes, las entidades demandadas pudieron defenderse sobradamente sobre la validez de las cláusulas impugnadas, y específicamente sobre el control de transparencia, puesto que fue objeto del debate en los recursos de apelación y, por tanto, en la segunda instancia* (...) *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (caso Océano vs. Murciano Quintero), ha declarado reiteradamente la obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de*

las cláusulas de los contratos concertados con consumidores "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello" (...) *La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. Las sentencias del TJUE permiten que el juez -aun sin alegación de las partes- realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite (SSTJUE de 9 de noviembre de 2010 -VB Pénzügyi Lízing- apartado 56; de 14 de junio 2012 -Banco Español de Crédito S.A.- apartado 44; de 21 de febrero de 2013 -Banif Plus Bank Zrt- apartado 24; y de 14 marzo 2013 -Ruben Roman- apartado 4)*.

TERCERO. *Valoración de la prueba. Nulidad y abusividad de la cláusula por ausencia de garantías de transparencia en su contratación.* I/ La escritura de ampliación de capital y novación modificativa de préstamo hipotecario suscrito el de de entre D. y Dª , como prestatarios e hipotecantes, y CAJA GENERAL DE AHORROS DE CANARIAS como prestamista (absorvida posteriormente por Banca Cívica y luego por CAIXABANK), contiene una estipulación que establece límites a los intereses remuneratorios variables y, en particular, el tipo máximo de interés (cláusula techo) al 5,950 % nominal anual y el tipo mínimo de interés (cláusula suelo) al 2,750 % nominal anual. Dicha cláusula aparece redactada en los siguientes términos "*...sin que el tipo de interés nominal anual del préstamo pueda llegar a ser superior al 5,95 % ni inferior al 2,75 %*", en el folio 16 de la escritura, dentro de la estipulación 5ª relativa al "*intereses*", rodeada de una ingente cantidad de información jurídica y financiera que dificultaban su percepción directa y separada por el consumidor, quedando relegada a un lugar secundario y poco relevante del contrato, junto a la determinación de los periodos de interés, un índice de referencia y otros sustitutivos, aumentado en un diferencial, con varias posibles o eventuales bonificaciones en función de la contratación de otros productos con la financiera, de tal forma que no es posible deducir de esta redacción una posibilidad real en un consumidor medio de comprender eficazmente el alcance y trascendencia real, práctica y económica de tal estipulación, cuya actuación requería una explicación detallada, separada y clara, con una previsión individualizada y gráfica de su operatividad en diversos escenarios en atención a la posible evolución del índice de referencia, de tal forma que permitiera un conocimiento subjetivo real del tipo de interés a abonar en cada momento, así como de la probable aplicación de un tope mínimo que convertiría el tipo pactado, en principio variable, en fijo, y su comparativa real, en tales términos económicos, con otros productos similares en el mercado que pudieran ser de su interés, en particular un préstamo con interés variable en que no existiera dicho límite mínimo, con independencia, incluso, de que el diferencial fuera más elevado.

II/ Al respecto, a efectos de valorar la prueba, debe partirse de la disponibilidad y facilidad probatoria y del carácter especializado y profesional en el sector de la financiera, sobre la que recae la carga de la prueba a la hora de acreditar una información suficiente y adecuada, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un

hecho negativo como es la ausencia de dicha información (Audiencia Provincial de Baleares, secc. 3ª, S 19-9-2013, nº 322/2013, rec. 219/2013, o Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005).

La demandada, lejos de aportar pruebas que justificaran una negociación particular de la cláusula o demostrar otras explicaciones o informaciones detalladas e individualizadas sobre tal extremo, no propuso la testifical de aquellos comerciales que intervinieron en la contratación, ni siquiera el interrogatorio de la actora, ni ninguna otra prueba, sino que únicamente, escudándose en la naturaleza del préstamo dentro del ámbito del programa "bolsa de vivienda joven", aportó, además de determinada documentación genérica como folletos informativos, artículos de prensa, convenios con el Gobierno de Canarias, informes o sentencias, una solicitud previa de préstamo en el marco de "hipoteca joven canaria" en la que se insiste que el tipo de interés es de "2,90 % durante los primeros 6 meses y el resto de periodo: Euribor + 0,50", recogiendo entre paréntesis el mínimo del 2,75 %, en una casilla rodeada de numerosos datos sin mayor comentario, lo que dista mucho de suponer una explicación pormenorizada del funcionamiento económico y práctico de la cláusula cuestionada.

Además, sobre ofertas previas, solicitudes de préstamo o información precontractual a efectos de valorar los referidos controles de incorporación y trasparencia, ha tenido ocasión de pronunciarse el TS en Sentencia nº 464/2014 del 08 de septiembre de 2014, al referir que "... *no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo* (...) *En segundo lugar, una vez que ha quedado excluido el cumplimiento, por parte del predisponente, del deber de transparencia en el propio curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta cabe plantearse, en su caso, si este control queda acreditado en el ámbito de la "transparencia formal o documental" que acompaña a este modo de contratar, particularmente del documento en donde se contempla la llamada oferta vinculante. Al respecto, la respuesta debe ser también negativa pues el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un "tipo mínimo anual", queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia excluida al "tipo de interés variable" (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la*

abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios, todos ellos, tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013".

Al respecto y en igual dirección, indica la Sección 5ª de Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza en la Sentencia de 8 enero de 2014 que una similar solicitud de préstamo no es garantía por sí sola de una información bastante de las condiciones limitativas de la variabilidad del interés "... *por no ser un documento ni legalmente preciso, ni consta, y esta carga era indudablemente de la actora, que los actores la suscribiesen antes de la firma de la escritura pública de subrogación del préstamo hipotecario y con la debida pausa y tranquilidad para reflexionar sobre la conveniencia de la misma en cuanto suponía la solicitud del crédito hipotecario en unas determinadas condiciones, ni, mucho menos que las condiciones allí reflejadas les hubiesen sido explicadas por persona de la entidad demandada, piénsese que en cuanto mera solicitud puede perfectamente ser considerado como un mero requisito de carácter formal para, por ejemplo, justificar la apertura de un expediente administrativo interno en la entidad, pero en modo alguno ni tiene transcendencia jurídica la firma de la misma, ni siquiera acredita la correcta información sobre el contenido de la solicitud, precisamente por su nula trascendencia jurídica; se pueden suscribir sin consecuencia alguna para los solicitantes, ni siquiera puede en este caso concreto racionalmente inducirse que hubieran sido explicadas las cláusulas que extractadamente en el figuran*".

III/ Tampoco desvirtúan las anteriores conclusiones las recientes Sentencias aportadas por la parte demandada en el acto de la vista. La STS nº 171/2017 de 9 de marzo de 2017 parte de la declaración como hecho probado en la instancia que los prestatarios negociaron la cláusula suelo, pues incluso se les entregaron cuadros simulados de amortización y se aplicó un “suelo” inferior al tipo usual aplicado por la financiera, por lo que consideró tanto el Juzgado, como la Audiencia, como el TS que se superaba, además del control de incorporación formal en cuanto a la ubicación y redacción de la cláusula, la transparencia material por existir información suficiente al respecto, lo que dista mucho del supuesto analizado. Tampoco se pueden trasladar de forma automática, como viene pretendiendo Caixabank en pleitos de esta naturaleza, las conclusiones alcanzadas en las Sentencias nº 94 de 20 de marzo, nº 146 de 4 de abril y nº 140 de 4 de abril de 2017, todas ellas de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Tenerife, pues, volviendo a dejar al margen el control formal de inclusión, que no se cuestiona, el hecho abstracto de que las asociaciones de consumidores y usuarios hubieran efectuado campañas informativas en 2010 acerca de la existencia generalizada de cláusulas suelo ni implica que en el momento concreto de la negociación del préstamo hipotecario que es objeto de estas actuaciones se informara convenientemente al prestatario de la naturaleza jurídica y efectos económicos en diversos escenarios de la cláusula predispuesta que en el contrato se incluía por la financiera, ni tal hecho puede conducir a la paradoja de suponer un detrimento o perjuicio para los consumidores que a través de aquellas asociaciones se pretende proteger, basándose, además, las referidas Sentencias en la prueba que en tales casos si propuso la financiera demandada, el interrogatorio de los actores y las testificales de

los empleados de la financiera que negociaron con los prestatarios, hasta alcanzar la conclusión de que sí existió, en aquellos casos, una información suficiente para superar el control de transparencia material, prueba que no se propuso en el presente proceso y en el que no se ha acreditado la existencia de dicha información o explicación del funcionamiento de la cláusula.

En suma, no se ha probado que fuera negociada la cláusula en cuestión individualmente, sino que fue impuesta y predispuesta por la entidad prestamista, sin que tampoco pruebe la financiera demandada haber suministrado al respecto una información detallada en los términos expuestos, ni dicha circunstancia se desprende, se reitera, de la escritura del préstamo hipotecario, todo lo que comporta la nulidad por abusividad de la cláusula en cuestión, que no supera el doble control de transparencia.

CUARTO. *Efectos de la nulidad.* De conformidad con el artículo 1303 del Código Civil, la nulidad conlleva la restitución de las prestaciones recíprocas, esto es, de las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses, buscando que las partes vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante (SAP Madrid, de 26.06.12), como si la cláusula anulada desde un principio no hubiese existido.

La interpretación seguida de modo reiterado por el Tribunal Supremo sobre la limitación del carácter retroactivo de la nulidad de las cláusulas suelo (SSTS 9 de mayo de 2013, 16 de julio de 2014 y 24 de marzo de 2015) hasta la fecha de publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, atendiendo fundamentalmente a criterios de seguridad jurídica y estabilidad macroeconómica, ha sido declarada contraria a la Directiva 93/13/CEE por Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de diciembre de 2016, dictada en las cuestiones prejudiciales acumuladas planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada (C 154/15), así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C 307/15 y C 308/15), el cual entiende que tales efectos han de retrotraerse al momento en que la cláusula fue concertada, provocando la devolución de todos los excesos cobrados en concepto de intereses en virtud de dicha estipulación declarada nula y desde que tuvo lugar su primera aplicación, declarando, en lo que aquí interesa, 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. 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. Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los*

contratos celebrados por un profesional con los consumidores. (...) *Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013. De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C 415/11, EU:C:2013:164, apartado 60). 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:2016:835, apartados 67 a 70). De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 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*."

Decisión comunitaria que debe acatarse en aplicación de los principios de primacía y efecto directo propios del Derecho Comunitario y el carácter imperativo y de orden público, controlable de oficio, de la materia en cuestión, el derecho de consumo, todo lo que comporta una estimación íntegra de la demanda, debiendo procederse, una vez declarada la nulidad, a aplicar la integridad de sus consecuencias.

QUINTO. *Intereses.* Además de los intereses legales (1101, 1108 y 1303 CC) respecto a las sumas que la demandada ha de restituir desde que las percibió conforme a lo antes expuesto, es de aplicación el artículo 576.1 de la LEC. Por ello, desde que se apruebe la liquidación de la deuda hasta el completo pago, la cantidad resultante devengará un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

SEXTO. *Costas.* Al ser estimada íntegramente la demanda, siguiendo el art. 394 LEC, procede realizar expresa imposición de costas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Vistos los presentes autos de juicio Ordinario Nº 330/2016 seguidos a instancia de D. y Dª , representados por la Procuradora Dª Renata Martín Vedder, contra la entidad CAIXABANK SA, representada por la Procuradora Dª. , ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda, y, en consecuencia:

I/ DECLARO NULA, por abusiva, la denominada cláusula suelo contenida en la escritura de ampliación de capital y novación modificativa de préstamo hipotecario suscrito el de de entre D. y Dª , como prestatarios e hipotecantes, y CAJA GENERAL DE AHORROS DE CANARIAS como prestamista (absorvida posteriormente por Banca Cívica y luego por CAIXABANK), redactada en los siguientes términos "*...sin que el tipo de interés nominal anual del préstamo pueda llegar a ser superior al 5,95 % ni inferior al 2,75 %*", y contenida en el folio 16 de la escritura, dentro de la estipulación 5ª relativa al "*intereses*".

II/ CONDENO a CAIXABANK SA a ELIMINAR de la referida escritura la condición general de la contratación, teniéndola por no incorporada a todos los efectos.

III/ CONDENO a CAIXABANK SA a la DEVOLUCIÓN a la actora de las cantidades abonadas de más en concepto de intereses por aplicación de tal cláusula desde la operatividad de la misma y no sólo desde la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, incluidas las abonadas durante la sustanciación del pleito, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro y los del 576 Lec desde la aprobación de la liquidación de la cantidad total a abonar.

IV/ CONDENO a CAIXABANK SA a la obligación inherente de RECALCULAR el cuadro de amortización del préstamo hipotecario excluyendo la cláusula suelo referida.

V/ CONDENO a CAIXABANK SA al abono de las costas generadas en esta instancia.

Notifíquese la presente resolución en la forma establecida en el artículo 248.4 de la L.O.P.J., indicando que contra ella cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días en este Juzgado, con los requisitos y formalidades previstos en la ley, del que conocerá la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Así por esta Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncia, manda y firma , Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Güimar y su Partido.