

Notificado: 01/10/2018 | Letrado: Carlonia García Santos | Fecha Actuación: 01/10/2018  
Expediente: 2017/10

61/2017  
20170000761

Resolución: Sentencia 000340/2018



Teléfono: 922 34 94 19-20

Fax.: 922 34 94 18

Email: s04audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Procedimiento ordinario N° proc. origen:  
0000088/2017-00

Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Santa Cruz de  
Tenerife

## SENTENCIA

Presidente

Don Pablo José Moscoso Torres

Magistrados

Don Emilio Fernando Suárez Díaz

Doña Pilar Aragón Ramírez

En Santa Cruz de Tenerife, a 12 de septiembre de 2.018.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los/as Sres/as. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO UNO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, en los autos núm. 88/2017, seguidos por los trámites del juicio Ordinario, sobre acción de nulidad de condiciones generales de contratación y promovidos, como demandante, por

representados por la Procuradora doña Sonia González González y dirigida por la Letrado **doña Carolina García Santos**, contra la entidad CAIXABANK, S.A., representada por la Procuradora doña Ana Jesús García Pérez y dirigida por la Letrado doña Vanessa Ancejo Sancho, ha pronunciado la presente sentencia, siendo Ponente el Magistrado don Emilio Fernando Suárez Díaz, con base en los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

**SEGUNDO.-** En los autos indicados la Sra. Magistrada-Jueza doña María Raquel Alejano Gómez dictó sentencia el diecinueve de septiembre de dos mil diecisiete, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Sonia González González en nombre de D.

contra la entidad Caixabank SA, debo declarar y

declaro:





1.- La nulidad de la estipulación referente a la "clausula suelo", inserta en el 11 contrato de préstamo suscrito por el actor y la demandada el 13 de enero de 2012 en virtud de la cual se fijó como límite mínimo a la variación de los tipos de interés un 2,75% todo ello manteniéndose la vigencia del resto contrato, en todos sus términos, sin la aplicación de ningún límite mínimo del tipo de interés.

2.- Debo condenar y condeno a la entidad demandada a restituir a la actora las cantidades que se hayan cobrado de más mediante la aplicación de dichas clausulas desde la incorporación al contrato de las mismas, todo ello a determinar en ejecución de sentencia mediante la realización de los siguientes cálculos:

a) cálculo matemático consistente en restar a las cantidades realmente abonadas desde la suscripción del contrato, las que se deberían haber abonado conforme a la clausula cuya vigencia se mantiene, sin clausula suelo, con todos los efectos a ello inherentes en cuanto a la modificación del capital pendiente de amortización y la realización de las revisiones sucesivas, así como los intereses de las cantidades abonadas de más desde el momento de su pago hasta su devolución por aplicación del tipo de interés legal del dinero, condenando a la entidad demandada igualmente a realizar un nuevo cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable sin la aplicación de la clausula suelo.

3.- Debo declarar y declaro la nulidad parcial de la clausula 5ª del contrato en lo relativo al pago de los gastos de Notaría y Registro del contrato de Préstamo con Garantía Hipotecaria suscrito el 13 de enero de 2012 por su carácter abusivo manteniéndose la vigencia del resto de la clausula y del contrato.

4.- Debo condenar y condeno a la entidad demandada a restituir a la actora las cantidades que se hayan cobrado de más mediante la aplicación de dicha clausula y que se ha concretado en la cantidad de **676,74 euros**, así como los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda que se incrementarán en dos puntos desde la fecha de la sentencia.

5.- Con condena en costas a la demandada vencida. ».

**TERCERO.**- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

**CUARTO.**- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día doce de septiembre del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Entrando a analizar los motivos de fondo del recurso, y en lo que se refiere a la nulidad de la cláusula suelo, procede confirmar la sentencia dictada en primera instancia por





sus propios fundamentos (que se dan por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones), que no han sido desvirtuados por las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso. En este sentido, el Tribunal Supremo mantiene (por ejemplo, en Autos de fecha 31 de julio de 2007, 14 de abril de 2.009 y 8 de enero de 2.013, amparando su decisión en sentencias del Tribunal Constitucional números 174/87, 24/96 y 115/96), que *“no son incongruentes ni faltas de motivación las sentencias que se remiten a la fundamentación del órgano “a quo”, cuando éste ha resuelto todas las cuestiones ventiladas en el pleito”*.

Todas las cuestiones planteadas en el recurso fueron acertadamente tratadas y resueltas por el tribunal de primera instancia.

Si bien en la segunda instancia es factible realizar un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa, no puede olvidarse que en aquellos aspectos en que el objeto del recurso se refiere a la valoración de la prueba efectuada por el tribunal “a quo”, el juez, que ha gozado de la facultad de practicar esas pruebas con total inmediación, tiene elementos más reales y fundados –privilegiados- para su mejor apreciación y valoración.

Así, en el presente caso, el análisis del material probatorio efectuado por el tribunal de primera instancia no sólo es amplio y detallado, sino acertado en sus conclusiones jurídicas. No obstante, para dar una respuesta completa a las cuestiones planteadas en el recurso procede hacer algunas consideraciones.

**SEGUNDO.-** La parte apelante insiste en la claridad con que fue redactada dicha cláusula, pero si bien ello pudiera ser cierto en un análisis en que no se tuviera en cuenta el contexto en que fue insertada, no lo es cuando dicha cláusula se inserta dentro de la maraña de supuestos que regulan los intereses ordinarios, y es por ello que resulta enmascarada entre las mismas como si fuera un apartado más de la regulación de la remuneración del préstamo, cuyos intereses se pactan a un tipo variable, cuando en realidad se está introduciendo un tipo inferior fijo, y generando la ilusión de que la cláusula techo es justa contraprestación por la inclusión de una cláusula techo, cuando en realidad no es así, pues el análisis de los meses anteriores a la fecha de los contratos refleja que el índice de referencia pactado estuvo por debajo del suelo pactado, mientras que nunca se alcanzó el techo. Es más, para corroborar la estratagema usada por la entidad bancaria basta con reproducir el inciso final del párrafo que la misma pretende claro. En dicho párrafo, tras exponer que los tipos de interés no podrán llegar a ser superiores al 5,950% ni inferior al 2,750%, añade entre paréntesis *“(Cobertura gratuita a los efectos de la Ley 36/2.003, de 11 de noviembre, artículo 19)”*, ahondando en la ilusión al poder interpretar el usuario que fuera de esos márgenes la hipoteca le sale gratis.

Sobre la información facilitada al usuario, se insiste en la entrega de los folletos explicativos y una oferta motivada, y en que el prestatario se acogió a un convenio firmado por varias entidades bancarias, entre ellas la demandada, con el Gobierno de Canarias, denominado popularmente “hipoteca joven”, optando por las condiciones ofrecidas por dicho convenio, por lo que el demandante conocía la existencia y contenido de la cláusula suelo.

Como se argumenta, para superar lo que denomina segundo control de transparencia, el Tribunal Supremo (STS de 9 de mayo de 2.013) señala que *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 conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega y puede jugar en la economía del contrato.*

Si esto es así, la entidad bancaria no ha acreditado que se diera al consumidor una información cumplida sobre estos aspectos, pues la existencia de los clásicos folletos o trípticos informativos no acredita que estos le fueran entregados y explicados al cliente, sin que el testimonio de un testigo, empleado de dicha entidad, sea suficiente al respecto, y sin que pueda escudarse en la adhesión del demandante a las condiciones de la llamada “hipoteca joven”, pues ello ni aporta ni añade ni quita nada, ni releva a la entidad bancaria de la obligación de dar la información más arriba detallada, pues es con el Banco con quien contrata el cliente no con el Gobierno de Canarias. En este sentido, no se ha explicado cuál es la información que aporta a la persona que va a suscribir un préstamo hipotecario optando por adherirse a ese convenio que suponga un mayor conocimiento acerca de los términos en que el Tribunal Supremo exige que se facilite información sobre la cláusula suelo al usuario, ni con que expertos cuenta la llamada Bolsa Joven o Hipoteca Joven Canaria, que estén preparados para informar al peticionario de las consecuencias económicas que le supondrá aceptar ese tipo de cláusulas.

En este sentido, el ATS nº ROJ 3190/2.018, de 4 de abril del presente año inadmite a trámite los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la entidad Caja Siete, Caja Rural SCC contra una sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en el que la recurrente en casación argumentaba que dicha sentencia contraviene la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a los requisitos exigibles para determinar la validez o nulidad de una cláusula suelo habida cuenta que en el caso concreto el préstamo fue suscrito en el marco de un convenio suscrito con el Gobierno de Canarias. La resolución del Tribunal Supremo hace referencia a la STS 649/2.017, de 29 de noviembre, de la que destaca los siguientes aspectos: (i) la autoría material de la cláusula es indiferente dado que lo relevante es su utilización e incorporación a una serie de contratos, (ii) no puede aceptarse que la imposición viniera determinada por la administración pues se trataba de un pacto de mínimos, es decir, que las entidades financieras tenían que ofrecer a los clientes, como mínimos, las condiciones que figuraban en el convenio, pero nada impedía que ofrecieran condiciones ms ventajosas.

Así pues, lo relevante no es la inclusión de la cláusula suelo, que como tantas veces se ha dicho no es ilícita en sí misma, sino que la misma debía ser transparente, lo que no viene determinado por el Convenio marco, sino por la manera en que efectivamente se incluyera en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor y por el modo en que se informara a éste de sus consecuencias jurídicas y económicas.

Por otra parte, tampoco el notario puede sustituir la labor informativa que debe llevar a cabo el empresario que contrata con un consumidor, pues el notario se limita a leer la escritura resaltando los aspectos que le parecen más interesantes, pero sin llegar a facilitar información alguna sobre las consecuencias económicas de la aceptación de la cláusula suelo y el coste económico que esos límites conllevan para el cliente.

Por último, añadir que la abusividad de la cláusula suelo no se fundamenta principalmente en la falta de equilibrio o de reciprocidad de prestaciones (a lo que se alude como elemento coadyuvante: falso techo) sino sobre el control de transparencia.





**TERCERO.-**1. La sentencia apelada estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad parcial, por abusiva, de la cláusula quinta de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada por las partes el 13 de enero de 2.012, en la que se imponía a cargo del actor el pago de todos los gastos e impuestos derivados del crédito y de la escritura, condenando a la demandada a hacerse cargo de los gastos asumidos por el actor en concepto de aranceles notariales y registrales.

2. Dicha resolución ha sido impugnada por la parte demandada, solicitando que se revoque el pronunciamiento que declara la nulidad de la cláusula quinta y la condena a abonar los gastos referidos.

**CUARTO.-**1. En lo que se refiere a la impugnación de los pronunciamientos relativos a gastos de notaría y de registro, en la doctrina se ha señalado que a favor de la abusividad de esta cláusula que incluía los gastos de notaría y registro a cargo del consumidor se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, argumentando que quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (art. 517.2.4.<sup>a</sup> de la LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 del CC y 2.2 de la LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (arts. 681 y ss. LEC); no obstante, esa sentencia añade una reflexión que permite una distribución equitativa de dichos gastos registrales y notariales, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Esta afirmación ha llevado a parte de la doctrina y de la jurisprudencia a entender que no se puede afirmar tajantemente que el Tribunal Supremo haya considerado que, declarada nula la cláusula de gastos, corresponde a la entidad financiera asumir la totalidad de los gastos notariales y registrales, y también se pone de manifiesto respecto de los gastos de notaría por la constitución del préstamo hipotecario, que el coste de las copias simples recibidas por el consumidor debe ser asumido por éste al ser el receptor de las mismas; sin embargo, en relación con los gastos de Registro, todos ellos habrían de ser soportados por el prestamista, incluidas las certificaciones y notas simples del Registro de la Propiedad.

2. En aplicación de dichos criterios, y si bien se ha llegado a una cierta conclusión prácticamente unánime con relación a los gastos de Registro por las diferentes Audiencias (en el sentido de declarar abusiva la cláusula que repercute al prestatario los gastos registrales -a menos que se trate de inscripción de escrituras de ampliación de hipoteca-), no ocurre lo mismo con los gastos notariales que algunas resoluciones consideran que debe abonar por completo el prestamista, otras estiman que ambos por mitad e incluso algunas consideran que corresponden al prestatario. Al respecto, también se ha matizado en la doctrina que las escrituras de préstamo hipotecario formalizan dos negocios jurídicos de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva, el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca. Pero esa diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, el préstamo, por su cuantía, y la hipoteca, por el importe que garantiza, sino que prevalece la consideración unitaria del conjunto negocial y de ella se deriva el que se aplique el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. La base minutable en el préstamo hipotecario se determina, de conformidad con la legislación fiscal, a la que se remiten directamente los aranceles, atendiendo al importe global de las obligaciones





que asume el prestatario y que resultan garantizadas con hipoteca, esto es, a la cifra de responsabilidad.

3. Este tribunal entiende, de acuerdo con el criterio de determinadas Audiencias Provinciales, que los gastos notariales deben ser compartidos por las partes. En efecto, se ha señalado por alguna de ellas que el Arancel Notarial establece una norma de primer grado (la obligación del pago incumbe al requirente) y una norma de segundo grado, solo aplicable en defecto de la establecida en primer lugar (el pago por los interesados según las normas sustantivas y fiscales). Si el régimen establecido por este precepto fuera el de alternatividad de ambas reglas nos encontraríamos con un problema interpretativo irresoluble, en el supuesto de que no coincidieran el requirente con el interesado. El hecho de que sea prácticamente siempre el banco el que aporte la minuta para el Notario, no significa sin más que sea el requirente de la actuación o intervención notarial, pues es perfectamente factible que ambas partes — prestamista y prestatario— requieran la intervención del notario para redactar un contrato conformado por condiciones generales de contratación, conforme a minuta aportada por el Banco predisponente. Para conocer quién es el requirente de la intervención notarial, debe estarse a la prueba practicada, donde goza de singular autoridad el propio contenido de la escritura pública y si se analiza ésta se observa que quienes aparecen en la misma ante el Notario, como comparecientes, exponentes y otorgantes de la escritura pública son ambas partes, prestamista y prestatario, pues ambos mediante actos concluyentes e inequívocos, han patentizado de esa forma que interesan y solicitan la intervención del fedatario público. Por tanto, y aun en la hipótesis de que aplicásemos la segunda regla prevista en régimen de subsidiariedad por el Arancel notarial para disciplinar la imputación de estos gastos notariales, llegaríamos a la misma solución de pago por mitad entre prestamista y prestatario, conclusión que según otra Audiencia Provincial y *«a falta de criterio más ajustado, se considera que la solución más equitativa sería repartir los gastos de la factura de notario que se reclama por mitad entre ambos otorgantes»*.

4. Como consecuencia de la anterior y siguiendo el criterio mayoritario en las Audiencias Provinciales, este tribunal entiende que los gastos notariales en lo que se refiere a la matriz, deben ser satisfechos por mitad, sin perjuicio de que los derivados de las copias correspondan a la parte que las solicita, mientras que los gastos del Registro de la Propiedad deben ser sufragados por la entidad prestamista como interesada en la inscripción en la medida en que es constitutiva de la garantía. Por tanto, en este caso, debe estimarse en parte la pretensión de la apelante, entendiendo que los gastos de notaría deben abonarse por mitad y los registrales por la entidad bancaria.

**QUINTO.-1.** En función de lo expuesto procede estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, reduciendo la cantidad que la demandada ha de restituir a 416,58 euros (mitad gastos notariales:260,15+gastos registrales:156,43), manteniendo el pronunciamiento condenatorio en costas a la demandada por ser sustancial la estimación de la demanda.

2. En cuanto a las costas del recurso, al ser estimado en parte no procede hacer especial pronunciamiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la LEC.

## FALLO

Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad Caixabank S.A.,





revocando en parte la sentencia apelada, fijando la cantidad que la entidad demandada ha de restituir a la actora por efecto de la declaración de nulidad de la cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes el 13 de junio de 2.008, en cuatrocientos dieciséis euros y cincuenta y ocho céntimos (416,58), confirmándola en todo lo demás, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas de dicho recurso, y con devolución del depósito que se haya constituido para recurrir.

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se interpondrá ante esta Sección de la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde su notificación.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

