



Roj: **SAP MA 3345/2017 - ECLI: ES:APMA:2017:3345**

Id Cendoj: **29067370062017100848**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **07/09/2017**

Nº de Recurso: **980/2016**

Nº de Resolución: **803/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **CARMEN MARIA PUENTE CORRAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN SEXTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

CIUDAD DE LA JUSTICIA

C/ Luis Portero s/n

Tlf.: 951 939 216/ 951 939 016. Fax: 951 939 116

N.I.G. 2906742M20130001368

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil 980/2016

Asunto: 601056/2016

Autos de: Procedimiento Ordinario 781/2013

Juzgado de origen: JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº1 DE MALAGA

Negociado: 09

Apelante: UNION DE CREDITO PARA LA FINANCIACION MOBILIARIA E INMOBILIARIA CREDIFIMO ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO S.A.

Procurador: BELEN OJEDA MAUBERT

Abogado:

Apelado: Bernardo

Procurador: SEBASTIAN GARCIA-ALARCON JIMENEZ

Abogado: MARIA BELEN MOYA SANCHEZ

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO UNO DE MALAGA

JUICIO ORDINARIO Nº 781/2013

ROLLO DE APELACIÓN CIVIL Nº 980/2016

SENTENCIA Nº 803/2017

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. ANTONIO ALCALÁ NAVARRO

Magistradas:

D.ª NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO



D^a CARMEN MARIA PUENTE CORRAL

En la ciudad de Málaga a siete de septiembre de dos mil diecisiete

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de JUICIO ORDINARIO nº 781/2013 procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO UNO DE MALAGA, sobre NULIDAD DE CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN, seguidos a instancia de D. Bernardo , representados en el recurso por el Procurador Don Sebastián García Alarcón Jiménez y defendido por la Letrado Doña M^a Belén Moya Sánchez contra UNION DE CREDITO PARA LA FINANCIACION MOBILIARIA E INMOBILIARIA CREDIFIMO ESTABLECIMIENTO DE CREDITO S.A.U, representada en el recurso por la Procuradora D^a. Belén Ojeda Maubert y defendida por el Letrado Don Oscar Quiroga Sardi y D^a Manuela , pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la Sentencia dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Málaga dictó sentencia de fecha 30 de junio de 2016 en el Juicio Ordinario nº 781/13 del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así: " **FALLO**.- ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por Bernardo frente a CREDIFIMO S.A., y, en consecuencia:

DECLARO la nulidad, por abusiva, de la cláusula suelo, contenida en la escritura pública de 9 de febrero de 2.006.

CONDENO a la entidad demandada, CREDIFIMO S.A., a que elimine esa CGC.

CONDENO a la demandada a la devolución de los pagos ya efectuados por los prestatarios desde la fecha de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2.013 , hasta la supresión de la cláusula suelo.

ACUERDO que se proceda a hacer por la demandada un recálculo del cuadro de amortizaciones

Se DESestima la demanda en la petición relativa a que se declare la nulidad de la CLÁUSULA SEGUNDA.

Se DECLARA nula por abusiva la ESTIPULACIÓN SÉPTIMA en cuanto vincula al préstamo hipotecario a un seguro de defunción e invalidez con AEGÓN.

No se hace expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra la expresada Sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación la entidad demandada, el cual fue admitido a trámite y, sus fundamentaciones impugnadas de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde al no haberse admitido prueba ni estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala, que tuvo lugar el día 12 de julio de 2017, quedando las actuaciones concluidas para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D. ^a CARMEN MARIA PUENTE CORRAL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La representación procesal de Don Bernardo presentó demanda de Juicio Ordinario frente a la entidad Credifimo E.F.S.A., ejercitando acción declarativa de nulidad de condición general de la contratación, en la que, tras exponer los hechos y citar los fundamentos de derecho y jurisprudencia que consideraba de aplicación al caso, terminaba suplicando el dictado de sentencia por la que : "1.- *Se declare la nulidad de la estipulación tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 9 de febrero de 2006; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3,95% y de techo del 20%, fijados en aquella.*

2.- Se condene la entidad demandada a restituir al actor las cantidades que se han cobrado en exceso desde la firma de dicho préstamo hipotecario, durante la tramitación del procedimiento y hasta la finalización del mismo; a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases, de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta una eventual sentencia estimatoria, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación el suelo del 3,95%, conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más un punto.

3.-Se declare la nulidad de la estipulación segunda en cuanto fija un interés por re embolso anticipado del préstamo del 1% sobre el capital amortizado.



4.- Se declare la nulidad de la estipulación séptima en cuanto vincula al préstamo hipotecario un seguro de defunción e invalidez, además de imponerse por parte de la entidad financiera demandada la concreta Compañía Aseguradora con al que se ha de formular dicho seguro.

Todo ello, con imposición, en caso de oposición, de las costas generadas a la parte demandada".

La entidad demandada se opuso a las pretensiones deducidas en su contra alegando, en primer lugar, excepción de prejudicialidad civil en relación con los autos Número 471/10 que se tramitaban en el Juzgado de lo Mercantil N.º 11 de Madrid y excepción de prescripción de la acción por cuanto que del tenor de los hechos narrados en la demanda se colige que la acción que se está ejercitando es la de anulabilidad por error del consentimiento ex artículo 1.301 del Código Civil, acción que prescribe a los cuatro años a computar desde el momento de la celebración del contrato y como éste se celebró el 9 de febrero de 2006 y la demanda se presentó el día 10 de septiembre de 2013, a la fecha de interposición de la misma, la acción ejercitada estaba prescrita, por cuanto el plazo en cuestión no sufrió acto interruptivo de clase alguna antes de la carta remitida el 3 de mayo de 2013, prescrita ya la acción. En cuanto al fondo, en esencia, se opuso a la demanda, alegando que las cláusulas de acotación mínima y máxima de los tipos de interés son lícitas y plenamente admitidas por nuestro ordenamiento jurídico; que constituyen un elemento esencial del contrato porque forman parte determinante del precio, siendo un elemento sobre el que los prestatarios reflexionan y su análisis no puede desvincularse del resto de elementos del contrato; no hay desequilibrio. Aducía la demandada que la cláusula de acotación está claramente incluida en la Estipulación Tercera Bis del contrato, de forma legible, permitiendo una mera lectura de la Estipulación conocer su existencia y ello sin perjuicio de las explicaciones verbales que dio la entidad a los prestatarios, por lo que es obvio que conocían su existencia, habiendo elegido libremente no solo la entidad que consideraron más oportuna para contratar, sino también la opción económica que consideraron más acertada. Se afirmaba en la contestación que como las cláusulas de acotación mínima y máxima, como parte configuradora del precio, forman parte del objeto principal del contrato, una cláusula suelo no puede ser considerada como condición general de la contratación, habiendo tenido los actores información cumplida de la misma, buena prueba de lo cual es la firma de Escritura Pública, de cuyo contenido, además informó el Notario autorizante, quedando probado el cumplimiento del deber de información por parte de la entidad crediticia y el conocimiento que el actor tenía de la cláusula por los propios actos de los demandantes que en casi siete años desde que firmasen la Escritura y salvo la carta remitida en mayo de 2013, no manifestó su disconformidad con la cláusula que ahora impugna que cumple los requisitos de incorporación, transparencia y reciprocidad entre las prestaciones de las partes por lo que no puede ser declarada nula y si así lo fuere, en ningún caso podrá declararse su retroactividad de acuerdo con la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, por lo que en ningún caso procederá la devolución de cantidad alguna por la demandada. Por lo que se refiere al resto de cláusulas cuya nulidad se invoca en relación al reembolso anticipado del préstamo indica la entidad demandada que la estipulación segunda señala que durante el resto de la vida del préstamo la amortización sea total o parcial, devengará una comisión del 1% sobre el importe amortizado encontrándose amparado en la libertad de pactos prevista en el artículo 1255 del Código Civil siendo que el importe del 1% no puede tildarse de abusivo. En relación al seguro colectivo con AEGON, el actor reconoce en la escritura pública firmada ante Notario su conformidad e interés en obligarse a continuar con el seguro contratado durante el plazo de duración del préstamo y hasta su amortización definitiva por lo que nuevamente nos encontramos ante un pacto libremente alcanzado válido y eficaz a todos los efectos. La suscripción del seguro a la que presta su conformidad por dos veces tanto en la oferta vinculante como la escritura pública fue un elemento determinante para que la entidad financiera decidiera prestar financiación al demandante, extremo conocido por el actor quien habiendo podido buscar una financiación en otras entidades decidió aceptar y seguir adelante. Por todo lo cual, básicamente, suplicaba la estimación de las excepciones procesales planteadas y, subsidiariamente, el dictado de Sentencia desestimatoria de la demanda, en los términos expuestos en la contestación, con condena en costas a los actores. La Juzgadora *a quo*, tras la tramitación procesal oportuna, dictó Sentencia en 30 de junio de 2016, cuyo Fallo estima parcialmente la demanda, declarando nula la cláusula suelo contenida en la escritura pública de 9 de febrero de 2016, condenando a la demandada a su eliminación y a la devolución de los pagos ya efectuados por los prestatarios desde la fecha de la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 hasta la supresión de la cláusula suelo; acuerda que se proceda a hacer por la demandada un recálculo del cuadro de amortizaciones; desestima la demanda en la petición relativa a que se declare la nulidad de la cláusula segunda y declara nula por abusiva la estipulación séptima en cuanto vincula al préstamo hipotecario a un seguro de defunción e invalidez con AEGON, sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes. A este Fallo estimatorio de la demanda llega la Juzgadora *a quo*, tras exponer en la Sentencia, Fundamento de Derecho Primero, las pretensiones de las partes; dedicar el Fundamento de Derecho Segundo a analizar el contenido de la cláusula suelo, dedicando el Fundamento Tercero, al control de incorporación y el fundamento Cuarto al control de transparencia, para en el fundamento quinto llevar las consideraciones anteriores al caso concreto indicando que de la prueba practicada en el acto del juicio, la documental por



reproducida, se infiere que este tipo de cláusulas se incorporaban a los contratos de préstamo hipotecario de forma general sin negociación individual, sin haber efectuado simulaciones ante los diversos escenarios de subida y bajada de los tipos de interés ni informado del coste comparativo de asegurar la variación del interés o de otros préstamos en los términos expuestos, para pasar a analizar en el Fundamento de Derecho Sexto, la eficacia retroactiva de la nulidad de la condición general de contratación conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 , dedicando el fundamento de derecho octavo a la nulidad de la estipulación segunda en cuanto fija un interés por reembolso anticipado del préstamo de 1% y el fundamento de derecho noveno a la nulidad de la estipulación séptima en cuanto vincula al préstamo hipotecario un seguro de defunción e invalidez, imponiendo la entidad financiera la compañía con la que se debe contratar, señalando que la ley solamente establece la obligatoriedad de contar con un seguro de hogar si el préstamo se tituliza siendo que el seguro de vida no es obligatorio en ningún caso, sin perjuicio de su conveniencia, no pudiendo en ningún caso el banco exigir la compañía determinada con la que contratar tal seguro sino que el cliente debe tener la posibilidad de elegir, valorando los precios y las coberturas, efectuando un análisis del control de abusividad al amparo de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios concluyendo que no existe prueba de que la cláusula hubiera sido negociada con el cliente o que éste hubiera aceptado estas condiciones en el marco de una negociación individual así como tampoco que el cliente haya tenido la oportunidad de consultar otros precios y otras coberturas sino que, por el contrario, del tenor literal de la escritura pública se desprende que es obligatoria la adhesión al seguro de vida con Aegon durante toda la vida del préstamo, por ello la cláusulas nula por abusiva y procede su no aplicación. Estos razonamientos de la Sentencia, conducentes al Fallo parcialmente estimatorio de la demanda, son combatidos en apelación por la entidad Caixabank S. A, alegando, en un extenso recurso de apelación que articula, en una alegación previa en la que viene a manifestar que impugna el pronunciamiento relativo a la estipulación séptima relativa a la obligación de contratar un seguro colectivo de vida e invalidez, si bien en el suplico de su recurso solicita la revocación total de la sentencia y en el escrito de fecha 17 de abril de 2017 indica que lo discutido es la nulidad de la cláusula suelo, extremo al que se refiere la apelada en su escrito de oposición, por lo que ha de ser analizada sin que ninguna indefensión se cause a la misma. Desde esta perspectiva, la apelante sintetiza la estructura del recurso aduciendo que la cláusula litigiosa no es una verdadera condición general de la contratación; que la cláusula cumple el doble control de transparencia no siendo abusiva, terminando con la necesidad de atenerse a lo contratado en relación con el contrato de seguro; desarrollando, a continuación esa estructura del recurso que avanza en la alegación previa, cuatro extensas alegaciones o motivos, en base a todo lo cual Suplica que se estime el recurso de apelación y, en su virtud se revoque la Sentencia, y se impongan al actor las costas del procedimiento; pretensiones revocatorias a las que se opone el demandante, ahora apelado.

SEGUNDO.- Expuestos en la forma que antecede los antecedentes procesales de la cuestiones litigiosas y los términos del debate de la alzada, a fin de dar cumplida respuesta al recurso, se hace preciso recordar a los litigantes, particularmente a la entidad recurrente, que la mayor parte de las cuestiones planteadas sobre la cláusula suelo, han de ser resueltas conforme a la doctrina expuesta por nuestro más Alto Tribunal en la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera, en 9 de mayo de 2013 y Auto de Aclaración de 3 de junio de 2013 , doctrina que ha sido corroborada por las Sentencias 464/2014, de 8 de septiembre , 138/2015, de 24 de marzo ; 139/2015, de 25 de marzo ; 222/2015, de 29 de abril y 705/2015 , de 23 de diciembre, doctrina jurisprudencial que bien conocen las defensas letradas de las partes en litigio y de la cual, como no puede ser de otra forma, reiteramos, se hace eco la Juzgadora a quo y se ha hecho eco esta Sala en multitud de Resoluciones dictadas en supuestos sustancialmente análogos al que nos ocupa, de la misma entidad crediticia demandada, como por ejemplo la Sentencia de 24 de septiembre de 2014 , de 28 de mayo de 2015 , 10 de junio de 2015 , y en 24 de enero de 2017 y 21 de marzo de 2017 , en cuyas resoluciones exponíamos, ofreciendo respuesta a supuestos sustancialmente análogos al que nos ocupa, y siguiendo siempre el criterio del Tribunal Supremo, las siguientes consideraciones que por ser de absoluto interés a los efectos de la litis que nos ocupa, pasamos a reproducir con literalidad : " La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , en esencia, viene a expresar que las cláusulas suelo sí tienen la consideración de Condición General de la Contratación al ser cláusulas impuestas y no negociadas individualmente con el consumidor y que, aunque afecten al objeto principal del contrato, pueden ser sometidas al control de abusividad por parte del juez, al no, formar parte del elemento esencial del mismo; considera, igualmente, el Alto Tribunal, que aunque la cláusula suelo, per se, puede ser lícita, se puede declarar el carácter abusivo de la misma por falta de transparencia, apreciable de oficio, debiendo, según la Sentencia referida, tales cláusulas superar dos niveles diferentes de control, a saber, por un lado, el de que la cláusula sea clara en sí misma y cómo se incorporó al contrato, y un segundo nivel, relativo al grado de conocimiento que tenía el cliente, en el caso de autos claramente un consumidor, respecto a la incorporación de dicha cláusula al contrato y si sabía de las consecuencias jurídicas y económicas de su aceptación, es decir debe probarse por la demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada al cliente , tanto del significado jurídico, como del económico que para el



mismo puede derivarse del clausulado del contrato, concretamente si sabía de las consecuencias jurídicas y económicas de su aceptación, fijando para ello el Fundamento Jurídico de la Sentencia n.º 225 cual es el test de transparencia que deben superar dichas cláusulas. Los criterios esenciales que establece la Resolución del Tribunal Supremo son: "A) Las cláusulas suelo afectan al objeto principal del contrato en tanto forman parte imprescindible del precio que debe pagar el prestatario por el dinero que recibe; B) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que ésta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo; C) La cláusula que fija un interés fijo mínimo en un contrato de préstamo puede por tanto ser una cláusula predispuesta, es decir, una condición general de la contratación, siempre y cuando el consumidor no haya podido influir en su redacción o supresión; D) La carga de la prueba de que la citada cláusula es una condición general de la contratación, es decir, que no estaba prerredactada para una pluralidad de contratos, recae sobre el empresario cuando se trata de contratos con consumidores pues, en estos casos, se aplica la regla establecida en el artículo 82.2 TRLCU que dispone que "el empresario que afirma que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"; E) En todo caso, la imposición de una condición general de la contratación a los consumidores no constituye un hecho contractual ilícito pues, como ya venía a establecer la STS de 18 de junio de 2012, constituye un fenómeno que comporta en la actualidad un modo de contratar que se diferencia de la contratación por negociación, con su régimen y presupuesto causal propio y específico; F) Consecuentemente, las cláusulas suelo no son contenidos contractuales, por naturaleza, ilícitos. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador; G) El contenido del contrato relativo a su objeto principal y, por tanto, también lo concerniente al precio, no puede ser objeto de un control de contenido por la vía de la legislación de las condiciones generales de contratación, tal y como deriva del artículo 4-2 de la Directiva 63/13/CEE C) la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato), y ello ante la necesidad de respetar la libertad de precios en el marco de una economía de mercado, con la excepción de que... dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible", En efecto, en el caso de contratos con consumidores, además del control de incorporación, es dable un control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la condición general; H) Para dicho control se ha de tener en consideración que son compatibles los criterios interpretativos de la Ley 7/1998 y el marco más general de interpretación de los contratos del Código Civil y, segundo, que la Ley 7/1998 es aplicable a este tipo de cláusulas no obstante su específico régimen sectorial en materia de información -OM5 de mayo de 1994- pues, como señaló la STS de 2 de marzo de 2011, la finalidad tuitiva que procura al consumidor la citada Orden Ministerial en el ámbito de las junciones específicas del Banco de España, no suponen la exclusión de la Ley 7/98 a este tipo de contratos con consumidores como ley general; 1) El peculiar control de transparencia en el caso de los contratos con consumidores se integra por uno primero relativo al examen de la información suministrada por la entidad crediticia conforme a la OM de 5 de mayo de 1994, al 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 - artículo 7 LCGC-, siendo el segundo control de transparencia el relativo a la garantía 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; J) En este segundo examen, 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; K) Este control de transparencia, en tanto se trata de un parámetro de validez de la cláusula predispuesta, queda al margen del ámbito de interpretación del Código Civil del error de vicio del consentimiento; L) Denominado en la Sentencia como "control de abusividad abstracto"... si no están redactadas de manera clara y comprensible, autoriza el control de abusividad de las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato si no están redactadas de manera clara y comprensible y comprende la exigencia de que la información suministrada por la entidad crediticia permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que defina el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, así como que el consumidor tenga un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato; y M) Para considerar abusivas las cláusulas no negociadas es necesario que, en contra de exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato y que el desequilibrio perjudique al consumidor," Al hilo



de ello , no está demás recordar el especial deber de información que debe presidir la contratación crediticia y , general, la bancaria , debiendo las entidades que operan en dicho sector de la actividad económica , dotar de claridad y transparencia a las operaciones que realizan , por la especial complejidad que presenta el sector financiero y la contratación en masa, expresando el Tribunal Supremo en la referida Sentencia , que en el caso , no son transparentes por : "1°.- El contrato se presenta bajo la apariencia de un simple contrato de préstamo hipotecario a interés variable , sin advertir sobre la presencia de un umbral mínimo ("cláusula suelo ") , por debajo del cual el consumidor no se beneficiará de la eventual disminución del índice de referencia . 2°.- Como contrapartida a la cláusula suelo, no se fije un límite al alza ("cláusula techo ") que proteja al consumidor frente a posibles subidas del índice de referencia . 3°.- La cláusula esté incluida entre una importante cantidad de información, predispuesta de tal forma que dificulte su localización. 4°.- No existan ejemplos o simulaciones que permitan comprender en qué casos se activa la cláusula y las consecuencias que ello acarrea. 5°.- Falte una explicación clara sobre el coste comparativo de dicho producto respecto de otros (párrafo 225d). 6o.- En la fase precontractual no se hubiese informado suficientemente al consumidor en aras a permitir que el mismo tenga un conocimiento efectivo sobre la cláusula suelo (párrafo 256). No se considera que se adquiriera un conocimiento efectivo por la mera lectura del contrato por parte de un Notario". Aclarando el Auto de 3 de junio de 2013 que para apreciar falta de transparencia basta con que uno de los descritos supuestos concorra de forma clara, siempre que ello no sea un hecho aislado del reto de circunstancias que hubiesen presidido la contratación. Pues bien, la proyección de estos criterios jurisprudenciales al caso que nos ocupa, tras la revisión de la prueba practicada, en junción propia de esta alzada, no conduce sino a resolver, de conformidad con solución ofrecida por la juzgadora a quo, la procedencia de la declaración de nulidad de la cláusula controvertida, estimada en la Sentencia, y ello por los razonamientos que a continuación se expondrán. TERCERO.- Son dos las premisas fundamentales que permiten entrar a valorar si la cláusula de un contrato es o no abusiva, al amparo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, siendo la primera que el contrato se haya suscrito entre un profesional y un consumidor, cual es el caso que nos ocupa, y la segunda que nos encontremos ante una condición general de la contratación. En el supuesto enjuiciado ,es claro que la parte actora es persona física y que cuando firmó el préstamo hipotecario con la entidad demandada actuó en un ámbito absolutamente privado y ajeno a toda actividad empresarial o profesional, concurriendo, así, la primera de dichas premisas. En cuanto a la segunda, ninguna de las partes niega que la cláusula controvertida tenga carácter contractual, pero si bien es cierto que la inclusión de las cláusulas en cuestión en los préstamos hipotecarios con consumidores es facultativa, ello no implica que, pese a que no se hayan de incluir necesariamente en todos los contratos, lleguen a convertirse en una condición general, en la medida que lo usual es que sean cláusulas predispuestas , preredactadas por la propia entidad crediticia, que las impone de tal forma que el préstamo sobre el que versa el contrato solo se obtiene mediante el acatamiento de la inclusión en el mismo de la cláusula y se trata de cláusulas destinadas a ser incorporadas a una multitud de contratos. Del conjunto de la prueba practicada en los autos, incluida la escritura pública y, por tanto, el apartado de advertencias especiales de la misma, y la oferta vinculante, documentales en las que tanto insiste la entidad apelante, no cabe sino concluir que la cláusula que nos ocupa no fue negociada individualmente, resultando acreditado que, pese a que la referida cláusula estaba incluida en la oferta vinculante, dicha oferta, por más que otra cosa afirme la recurrente, le fue entregada a la prestataria el mismo día de la firma de la escritura, buena prueba de lo cual es que dicha oferta está fechada en Madrid, no obrando en los autos prueba alguna que permita concluir que la parte prestataria acudió a Madrid para su firma, o que le fuese remitida por algún tipo de medio telemático, siendo de meridiana claridad que el hecho de que esté fechada en 12 de febrero de 2008, es decir, días antes del otorgamiento de la escritura, no significa, ni prueba que le fuese entregada el día de la fecha consignada a la parte prestataria, hechos estos que, al menos de forma indiciaria, permiten presumir, sin dificultad alguna, que la controvertida cláusula no fue negociada individualmente con la parte prestataria, sino que se trata de una cláusula contractual predispuesta e impuesta por la entidad demandada en este contrato como en otros . Por otro lado, la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura pública, no supone que la cláusula haya sido negociada individualmente, ni, dicha intervención sigile, cual pretende la apelante, la falta de negociación individual, siendo un hecho notorio que las escrituras de esta naturaleza, más cuando la parte prestataria es un consumidor, se redactan en las notarías conforme a minutas que facilitan las entidades de crédito, siendo muy numerosas las resoluciones en las que los Tribunales Españoles han declarado la nulidad cláusulas contenidas en instrumentos notariales de préstamos hipotecarios (ad exemplum: SSTs de 4 de noviembre de 2010 , 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011 , sobre fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto). En suma, no podemos sino concluir que nos encontramos ante una condición general de la contratación del artículo 1 de la LCGC, a cuyo tenor: "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de incorporarlas a una pluralidad de contratos En el caso examinado, insistimos, la cuestionada cláusula es una cláusula predispuesta e impuesta su incorporación al contrato, no habiéndose probado por la demandada, a la



que incumbía la carga probatoria de tal extremo conforme a reiterada jurisprudencia, que dicha incorporación haya sido fruto de una negociación individual con la parte prestataria. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en sus fundamentos jurídicos 137 y 138, expresa que para que una cláusula tenga la consideración de condición general debe reunir los siguientes requisitos: " a) Contractualidad: Se trata de "cláusulas contractuales " y su inserción en el contrato no deriva de una norma imperativa que imponga su inclusión; b) Predisposición:: La cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión; c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. Señalando el Fundamento 138, de otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: 1) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y 2) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrata con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores". Aplicando tales consideraciones al caso que nos ocupe, cabe concluir que la cláusula suelo es una condición general de la contratación al ser una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos, que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente, sino impuesta por la entidad crediticia a modo de "oferta irrevocable" por lo que puede entrarse en el análisis de su abusividad ". El argumento de la parte recurrente relativo a que dichas cláusulas vienen reconocidas legalmente por distintas Órdenes Ministeriales, como la de 12 de diciembre de 1994, y otras normas, como la Propuesta de Directiva 2011/0062, que vienen a admitir la validez y legalidad de este tipo de cláusulas en cualquiera de sus modalidades, no impide el análisis de abusividad, pues como afirma el Tribunal Supremo en la Sentencia a que venimos haciendo continuas referencias, tales normas no exigen, ni imponen a las entidades de crédito su inclusión, sino el procedimiento que debe seguirse para que la incorporación de dichas cláusulas al contrato sea válida. Pero es que, aun cuando pudiéramos aceptar, hipotéticamente hablando, que la tan controvertida cláusula fue incorporada al contrato siguiendo los requisitos expresados por tal normativa, ello podrá determinar el que la cláusula haya superado el primer nivel de transparencia o control, pero en modo alguno el segundo, es decir, qué información se le dio al cliente, más cuando, como acontece en este caso, ni la actora, ni los demás firmantes de la escritura, tienen formación especializada, y no se ha probado si la parte prestataria era cabal conocedora de las repercusiones económicas y jurídicas de su aceptación. En este sentido, el Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico n.º 178 de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, razona que: "la existencia de una regulación normativa bancaria, tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y la normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis". CUARTO.- Concluido que la cláusula suelo es condición general de la contratación, ha de darse respuesta a la alegación del apelante relativa a que no puede entrarse en el control de abusividad porque se refiere al precio y, en consecuencia, al objeto principal del contrato. Pues bien, el Tribunal Supremo, en la ya referida Sentencia de 9 de mayo de 2013, analiza de forma pormenorizada esta cuestión, concretamente en los fundamentos jurídicos 184 a 190, llegando a la conclusión de que, efectivamente, las expresadas cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato pero no constituyen un elemento esencial del mismo, el cual estaría configurado por el préstamo a interés variable, y de ahí que si pueda entrarse en el control de abusividad, razonamientos estos del Tribunal Supremo que por su extrema importancia pasamos a reproducir textualmente: " 184: "El decimonoveno considerando de la Directiva 93/33. indica que a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor". 185. De forma coherente con tal planteamiento la expresada Directiva dispone en el artículo 4.2 que "(l)a 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". 186. No define la norma qué debe entenderse por cláusulas "que describan el objeto



principal" del contrato o referidas "a la definición del objeto principal", ante lo que la doctrina se halla dividida:

a) Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas "principales" que son las que definen directamente el "objeto principal" y las cláusulas "accesorias" que no definirían el "objeto principal". Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación previstas como eventual, b) Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal hay que estar a la relación objetiva entra el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al "precio" en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva, c) Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el "objeto principal" debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del "objeto principal" del contrato incluso si se refieren al mismo. 187. Por su parte, el ÍC 2000 diferencia entre "(l)as cláusulas relativas el precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva". 188. En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1.755 CC y 315 del Código de Comercio, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio". 189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelen formar parte imprescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato. 190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelen referirse al objeto principal del contrato y cumplen una junción definitoria o descriptiva esencial. "" Podemos concluir de la lectura de los fundamentos reproducidos que, ciertamente, la regla general es que las cláusulas en cuestión, cuando se refieren al objeto principal del contrato, no son susceptibles de ser sometidas al control de abusividad por falta de reciprocidad de las prestaciones al estar ante contratos con obligaciones recíprocas, pero al no formar parte del elemento esencial, que sería el interés variable, sí pueden someterse al control de transparencia, como ya sostenía el Tribunal Supremo en Sentencias de 1 de julio de 2010, 4 de noviembre de 2010, 29 de diciembre de 2010 y 3 de junio de 2010, todas ellas referidas en la de 9 de mayo de 2013. En suma, y en las propias palabras del TS expresadas en los fundamentos jurídicos 196 y 197 de la Sentencia de 9 de mayo de 2013: "196, a) Que las cláusulas suelen examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio. 197. Sin embargo, 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 no se las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone". Por todo ello, procede denegar la acción principal ejercitada en la demanda pues si bien es cierto que la cláusula suele ser una condición general de la contratación, en la medida en que afecta al objeto principal del contrato, no puede ser sometida al control de abusividad por falta de reciprocidad de prestaciones tal y como solicita la actora en su demanda (aun cuando en este caso es clamoroso que el fijar un cap. del 19% es notoriamente desproporcionado con un suelo del 3% pues de las evoluciones de los tipos de interés es evidente que el cap. difícilmente se va a alcanzar) pero sí someterla al doble control de transparencia como luego se analizará."

QUINTO.- Pues bien, el Tribunal Supremo, en los fundamentos jurídicos 198 y siguientes de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, como ya antes expusimos, distingue dos niveles de control de transparencia, uno primero, relativo a cómo se incorpora la cláusula al contrato y si la misma, en sí misma considerada, es o no clara, control de oficio con encaje legal en el artículo 5.5 de la LGDUC a cuyo tenor: "La redacción de las cláusulas generales deberán ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez", y en el artículo 7 del mismo texto legal, conforme al cual: "no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) La que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato.... b) Las que sean ilegibles, oscuras o incomprensibles". El segundo nivel, al que pasaríamos superado el primero, supone determinar qué información se le dio al cliente tanto de forma previa como en el momento de la contratación, para determinar si este era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas de la inclusión de la cláusula en el contrato. Pues bien, la lectura del contrato de préstamo hipotecario objeto de esta litis, en cuanto al primer nivel de los expresados, permite a la Sala concluir que la cláusula controvertida, leída de forma aislada y en sí misma considerada, es clara y por tanto se acomoda a la previsión del artículo 80.1 TRLCU conforme al cual: "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa (...); b) Accesibilidad y



legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. " Por lo tanto, la cláusula objeto de litis en si misma, cumpliría el primero de los niveles de transparencia; pero no puede olvidarse que el Tribunal Supremo, en la tan aludida Sentencia, trata de concretar el requisito de la transparencia apelando en principio a que exista una proporción entre la " comunicación " que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato", siendo el reproche que la Sala la del Tribunal Supremo hace a las entidades bancarias el que precisamente se da a la cláusula suelo una relevancia "secundaria (las) propias entidades les dan un tratamiento impropriamente 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". 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 euríbor). 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 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. En cualquier caso, la superación hipotética de ese primer nivel de transparencia no significa que no haya de analizarse, a continuación, el nivel segundo, es decir, cómo se incorpora la cláusula al contrato, siendo de recordar en este sentido que la OM de 5 de mayo de 1994, reguladora del proceso de constitución de hipoteca en garantía de préstamo a los consumidores, exige, en esencia, que el banco o entidad de crédito entregue al cliente solicitante del préstamo hipotecario un folleto informativo, al que sigue una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés); se le debe de dar al cliente la posibilidad de examinar la escritura pública durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, que se formalice el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir al cliente sobre las circunstancias del interés variable y, muy especialmente, de la existencia de limitaciones a la variación del tipo de interés y si son o no semejantes tanto al alza como a la baja. Si se cumplen tales requisitos se puede concluir que la incorporación de la citada cláusula al contrato garantiza de manera razonable los requisitos exigidos por la LCGC. Así, en palabras del TS, en la tan citada Sentencia de 9 de mayo de 2013, Fundamento Jurídico 215 "a) Que el 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, b) Que la 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. " Conforme a ello, de los documentos obrantes en autos que nos ocupan, no queda suficientemente acreditado que se cumpliera tal proceso informativo pues no aporta la entidad crediticia demandada ninguna prueba relativa a que le fuera entregado al cliente folleto informativo con carácter previo a la suscripción del préstamo hipotecario, ni su funcionamiento, ni de que hubiera sido informada de su derecho a examinar el préstamo hipotecario tres días antes de la firma ante el notario de la escritura pública, ni que éste, al margen de leer la citada escritura, que es en definitiva la praxis habitual, explicara expresamente a la parte prestataria que dicho préstamo hipotecario contenía una cláusula suelo y las repercusiones económicas y jurídicas que ello comportaba, pues en la escritura pública ninguna mención se hace al respecto, remitiéndonos en este punto a lo que ya expresamos en anteriores razonamientos al referirnos a la oferta vinculante y la escritura pública ante Notario. Por tanto, a juicio de esta Sala, no se cumplen los requisitos legalmente exigidos por la OM de 1994, por lo que cabe declarar que la cláusula es abusiva por falta de transparencia, como con acierto concluyó la juzgadora de instancia. Es más, aun admitiendo hipotéticamente hablando que dicha cláusula se incorporase correctamente, hay que analizar qué grado de conocimiento tenía el consumidor acerca de la misma y de las repercusiones económicas y jurídicas que le comportaban, y nuevamente cabe decir que la cláusula, aunque, a priori, pueda ser clara en su redacción, de forma aislada, se vuelve oscura al estar "enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultan su identificación y las consecuencias que conlleva de tal modo que le impide al consumidor conocer el alcance del objeto principal del contrato, es decir, conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente le suponía para ella la incorporación de dicha cláusula y la onerosidad o sacrificio patrimonial que le iba a conllevar a cambio de la prestación económica que pretendía obtener, así 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. (FJ 210 de la Sentencia del T.S), en definitiva que la cláusula suelo convierta, de forma sorpresiva para el consumidor, un préstamo a interés variable en otro fijo sin poder beneficiarse de las bajadas del tipo de interés de referencia, no deja otro margen posible de interpretación que el de considerar su falta



de transparencia, ello de conformidad con lo expresado por el Tribunal Supremo en la reiterada Sentencia , Fundamento 217 ; de hecho, al estar enmascaradas con otros datos, lo que , en definitiva provoca es que la prestataria no centre su atención en la cláusula suelo sino en el diferencial, que es lo que normalmente le sirve para decantarse por una oferta u otra (FJ 218). Es más, como dice el Alto Tribunal, la cláusula suelo inclusive puede ser considerada un derivado financiero enmascarado pues si el tipo de referencia se sitúa por debajo del suelo, el cliente abonará la diferencia, por lo que es esencial que conozca de su existencia, de su incorporación y de las posibles consecuencias a fin de valorar si es proporcional al riesgo que él asume o no, conocimiento que en el caso que nos ocupa no se ha probado. En definitiva, concluye el TS en su FJ 223 y ss: "223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas - generales o particulares- de los suscritos con consumidores. 224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "éstas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas", de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza. 225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas, c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas, e) En el caso de las utilizadas por el BBVA (y lo mismo cabe decir de las incorporadas por BANCO MARE NOSTRUM.) se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor." SEXTO.- Una vez que hemos determinado el incumplimiento en la cláusula analizada del deber de transparencia , en los términos expresados, debemos estudiar si dicha cláusula es o no abusiva por causar un desequilibrio en perjuicio del consumidor. El Tribunal Supremo, en la Sentencia del pleno de la Sala Primera que nos sirve de guía en esta resolución, da las pautas necesarias para determinar qué se entiende por desequilibrio y, así, en el fundamento 253 expresa: "Es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto." Añadiendo en los FJ 257 a 259: "No es preciso que exista desequilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo". En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados - lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso. " Partiendo de estas consideraciones, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato en el que se ha impuesto la cláusula analizada , contrato de préstamo hipotecario a interés variable, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto que dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo, nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza; ello en las propias palabras del Tribunal Supremo. En este caso concurren tales requisitos pues es el cliente quien sufre la pérdida del derecho a beneficiarse de las bajadas del tipo de interés, máxime cuando, en este caso, existe una falsa reciprocidad al estar fijado el suelo en un 4,100% y el techo en un 20% cuando la evolución que han seguido los tipos de interés dice que es difícil que se pueda llegar, desproporcionalidad entre el límite máximo y el límite mínimo, que ciertamente, y en contra de lo que se señala el apelante, puede determinarse sin necesidad alguna de dictamen pericial. En este sentido, y dando respuesta a una de las alegaciones del apelante, hemos de señalar que la obligación a cargo del consumidor de pagar el tipo fijado como suelo en aquellos casos en que el índice más el diferencial está por debajo del suelo, desconectada como ocurre en esta litis , de una partida equivalente a favor del consumidor, implica un desequilibrio jurídico por falta de reciprocidad obligacional en el sentido del artículo 10 bis de la derogada LGDCU (hoy artículos 82 y siguientes del Texto Refundido), en la



medida que a la prestación a cargo del consumidor, es decir, pagar el tipo fijado como suelo si el resultante del índice más el diferencial cae por debajo de aquél, no le corresponde otra prestación de la entidad prestamista, desequilibrio jurídico este que se traduce en un evidente desequilibrio económico, atendida la naturaleza del contrato de préstamo hipotecario entre la entidad crediticia y su cliente. SÉPTIMO.- A modo de resumen de todo lo expuesto con anterioridad, y a la vista de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, tantas veces citada, puede concluirse, en primer lugar, que no habiendo acreditado la demandada apelante, a quien incumbía conforme al artículo 82.2 de la LGDCU, que la cláusula, que es condición general de la contratación, cuya nulidad postula la adora, fuese negociada individualmente con la misma, pues al respecto solo consta la propia escritura y la oferta vinculante, a cuyos documentos ya nos hemos referido con anterioridad a efectos de su valoración, y las manifestaciones de la actora y testigos, que no permiten concluir si no todo lo contrario, es decir, que no hubo negociación alguna, habiéndose omitido otras pruebas, como por ejemplo hubiera podido ser la declaración de la persona que en nombre de la entidad crediticia hubiese negociado con la parte prestataria, cabe apreciar en consecuencia, que a dicha parte solo se le ofreció el préstamo que finalmente fue firmado, sin otra alternativa ni mayor información, y, por tanto, que la cláusula controvertida tiene encaje en el artículo 1.1 de la LCGC: "Cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material ..." En segundo lugar, que los límites suelo-techo contratados en el marco de un préstamo hipotecario con interés variable pactado, no constituyen una condición esencial del contrato, es decir, no son elementos esenciales del contrato, aunque si, como indica el Tribunal Supremo, forman parte del objeto principal del contrato, y ello en la medida que, mientras que el interés variable entra en funcionamiento desde el nacimiento del contrato hasta el final, los topes, mínimo y máximo, pueden, en función de las variaciones del tipo de referencia, no ser de aplicación durante toda la vida del contrato (lo que es más factible para el tope máximo), o hacerlo solo en momentos puntuales, y en consecuencia pueden ser objeto de control de abusividad, control que, como recuerda el Tribunal Supremo, puede llevarse a cabo también respecto de la cláusulas contractuales no negociadas individualmente, incluso relativas a elementos esenciales del contrato. En tercer lugar, podemos concluir que la cláusula suelo objeto de litis es una condición general de la contratación que constituye un pacto, no negociado de forma individual, del préstamo hipotecario concertado en su día entre la actora y la entidad demandada, entrando así en juego la LGDCU y demás leyes complementarias, al poder encuadrarse a la parte actora en dicho ámbito normativo al ser persona física y actuar en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional, marco normativo que permite concluir el carácter abusivo de la misma, no solo por no superar el control de transparencia que hemos expuesto, sino porque, en definitiva, supone un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato y es contraria a las exigencias de la buena fe, en la medida que, dado el sector financiero en el que opera la entidad de crédito demandada, se le presupone un conocimiento preciso de las previsiones futuras sobre la evolución que vayan a seguir los tipos de interés, lo cual le obligaba a informar, de forma pormenorizada y clara, a la parte prestataria que carece de los conocimientos que al efecto tiene la parte prestamista, siendo de recordar en este sentido, el deber de información precisa y clara que debe presidir la actuación de bancos y entidades de crédito en general a hora de contratar, dada la complejidad del sector financiero, de difícil comprensión para el más común de los mortales, más cuando es o se trata de contratación en masa y solo un consumidor bien informado puede elegir lo que más le conviene y así efectuar una correcta contratación. La inclusión de una cláusula como la que nos ocupa denota falta de buena fe en la entidad demandada, pues la misma se asegura un beneficio al establecer la cláusula suelo, sabiendo que el perjuicio que para la misma se podría derivar de la cláusula techo tiene una posibilidad ínfima de concurrir". Razonamientos los expuestos cuya aplicación oportuna al caso que nos ocupa permiten concluir el certero razonamiento de la Sentencia apelada, cuyos argumentos, en cuanto no se aparten de la doctrina expuesta, comparte plenamente este tribunal de apelación, y por tanto la solución ofrecida al litigio, siendo únicamente de señalar a la entidad recurrente una serie de consideraciones relativas a los concretos motivos de apelación que se han articulado".

TERCERO.- Partiendo de las precedentes consideraciones, la primera cuestión que hemos de analizar porque es cuestión controvertida por la recurrente, como se colige de la exposición que la entidad recurrente realiza en el motivo primero del recurso, es la relativa a si la cláusula suelo objeto de litis es condición general de la contratación, y sobre este particular y siguiendo, como no puede ser de otra forma, la doctrina emanada de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en 9 de mayo de 2013, hemos de convenir que la cláusula litigiosa sí es condición general de la contratación, en los términos contemplados por el artículo 1.1 de la L.C.G.C, toda vez que tiene carácter contractual en la medida que forma parte de un contrato celebrado entre una entidad que opera en el sector bancario y una persona física, que, sin discusión posible alguna goza de la condición de consumidor, conforme a las previsiones de la normativa de consumidores y usuarios, teniendo como finalidad regular derechos y obligaciones para cada una de las partes contratantes; se trata, indudablemente, de una cláusula predispuesta e impuesta por la entidad crediticia contratante, que la utiliza en una pluralidad de contratos, y en cuya redacción no intervienen los contratantes, ni el Notario autorizante de la Escritura pública



en la que se documenta el contrato que la incluye, no habiendo probado lo contrario la entidad demandada, pese a lo alegado en el recurso, teniendo expresado el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 9 de mayo de 2013 que parece ignorar la parte recurrente, en esencia, que las cláusulas suelo sí tienen la consideración de condición general de la contratación al ser cláusulas impuestas y no negociadas individualmente con el consumidor y que, aunque afecten al objeto principal del contrato, pueden ser sometidas al control de abusividad por parte del juez, al no formar parte del elemento esencial del mismo; considera, igualmente, el Alto Tribunal, que aunque la cláusula suelo, per se, puede ser lícita, se puede declarar el carácter abusivo de la misma por falta de transparencia, apreciable de oficio, debiendo, según la Sentencia referida, tales cláusulas superar dos niveles diferentes de control, a saber, por un lado, el de que la cláusula sea clara en sí misma y cómo se incorporó al contrato, y un segundo nivel, relativo al grado de conocimiento que tenía el cliente, en el caso de autos claramente consumidor, respecto a la incorporación de dicha cláusula al contrato y si sabía de las consecuencias jurídicas y económicas de su aceptación, es decir, debe probarse por la demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada al cliente, tanto del significado jurídico, como del económico que para el mismo puede derivarse del clausulado del contrato, concretamente si sabía de las consecuencias jurídicas y económicas de su aceptación, fijando para ello el Fundamento Jurídico de la Sentencia n.º 225 cuál es el test de transparencia que deben superar dichas cláusulas. Los criterios esenciales que establece la Resolución del Tribunal Supremo son: "A) Las cláusulas suelo afectan al objeto principal del contrato en tanto forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario por el dinero que recibe; B) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que ésta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo; C) La cláusula que fija un interés fijo mínimo en un contrato de préstamo puede por tardo ser una cláusula predispuesta, es decir, una condición general de la contratación, siempre y cuando el consumidor no haya podido influir en su redacción o supresión; D) La carga de la prueba de que la citada cláusula es una condición general de la contratación, es decir, que no estaba prerredactada para una pluralidad de contratos, recae sobre el empresario cuando se trata de contratos con consumidores pues, en estos casos, se aplica la regla establecida en el artículo 82.2 TRLCU que dispone que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"; lo que en el caso nos lleva a desestimar el motivo analizado por cuanto que la entidad prestamista, a quien incumbía, no ha probado que la cláusula controvertida no es condición general de la contratación, todo lo contrario se concluye de lo actuado o, más propiamente de la ausencia de actividad probatoria, porque lo que cabe colegir es que la cláusula que nos ocupa, ciertamente incluida en el contrato de préstamo hipotecario, no fue negociada de forma individual sino que fue una cláusula predispuesta e impuesta por la entidad recurrente, pues no hay prueba alguna que acredite, al margen de estar incluida en la Escritura, que el prestatario, consumidor, tuviera influencia alguna en su contenido, resultando pues incuestionable que nos encontramos ante una verdadera condición general de la contratación, lo cual nos lleva a desestimar el motivo de apelación atinente al fondo del asunto. En relación a la conclusión alcanzada por la Juzgadora a quo, relativa a que la cláusula suelo no supera el control de transparencia en los términos expresados por el Tribunal Supremo, debemos centrarnos a la hora de analizar la pretensión recurrente en si ésta ha incurrido en error de valoración de la prueba y, desde esta óptica podemos ya adelantar el fracaso del motivo de apelación, referido al control de transparencia, cuyo análisis nos ocupa pues como tiene esta Sala declarado hasta la saciedad, si bien es cierto que al recurso ordinario de apelación se le concibe como una simple revisión del procedimiento anterior seguido en la primera instancia, permitiendo al órgano "ad quem" conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito - T.S. la SS. de 6 de julio de 1962 y 13 de mayo de 1992 -, se presenta como impensable que el proceso valorativo de las pruebas realizado por Jueces y Tribunales de instancia pueda ser sustituido por el practicado por uno de los litigantes contendientes, habida cuenta que la jurisprudencia viene estableciendo al respecto como a las partes les queda vetada la posibilidad de sustituir el criterio objetivo e imparcial de los Jueces por el suyo propio, debiendo prevalecer el practicado por éstos al contar con mayor objetividad que el parcial y subjetivo llevado a cabo por las partes en defensa de sus particulares intereses - T.S. la SS. de 16 de junio de 1970, 14 de mayo de 1981, 22 de enero de 1986, 18 de noviembre de 1987, 30 de marzo de 1988, 1 de marzo y 28 de octubre de 1994, 3 y 20 de julio de 1995, 23 de noviembre de 1996, 29 de julio de 1998, 24 de julio de 2001, 20 de noviembre de 2002 y 3 de abril de 2003 -, debiendo, por tanto, ser respetada la valoración probatoria de los órganos enjuiciadores en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o de las reglas de la sana crítica, de ahí que sea posible que dentro de las facultades que se concedan a Jueces y Tribunales de instancia den diferente valor a los medios probatorios puestos a su alcance e, incluso, optar entre ellos por el que estimen más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos, de lo que se colige que el uso que haga el Juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas haya de respetarse al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia - T.C. S. de 17 de diciembre de 1985, 13 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994 -, debiendo únicamente ser rectificado cuando en verdad sea ficticio, bien cuando un detenido



y ponderado examen de las actuaciones, ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador "a quo", bien de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin riesgos de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada, considerándose en este sentido por el Tribunal de la segunda instancia, tras revisar el material probatorio obrante en el procedimiento, en función propia de esta alzada, que la Juzgadora a quo no ha incurrido en error valorativo alguno al concluir que la cláusula suelo no supera el control reforzado de transparencia. La Juzgadora a quo, en el Fundamento de derecho Cuarto, tras analizar el control de incorporación, analiza el control reforzado de transparencia bajo el prisma de la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo, concluyendo que la entidad demandada no ha probado haber cumplido los parámetros exigibles al respecto y ello mediante una fundamentación que esta Sala comparte sustancialmente, y que no resulta desvirtuada por la alegaciones de apelación, en las que la parte apelante, olvida que es ella la parte obligada a probar que se ofreció al prestatario por parte de la entidad crediticia información clara, precisa y suficiente sobre la cláusula en cuestión, de tal forma que el mismo, claramente consumidor, tuviera cabal y cumplido conocimiento de lo que estaba realmente contratando y de la carga que asumía con la suscripción del préstamo en tales condiciones, no bastando a tales efectos el que la cláusula esté inserta en la Escritura pública y, como bien concluye la Juzgadora a quo, no hay prueba alguna en los autos que acredite que la entidad demandada ofreciese al prestatario información alguna sobre la inclusión de la cláusula en el contrato, ni de la relevancia que la misma tenía para él por la carga económica que podía comportar, como así de hecho sucedió, pues, a tales efectos, ciertamente, en los términos exigidos por nuestro más Alto Tribunal, la prueba aportada por la entidad demandada es absolutamente insuficiente, pues al margen de la documental, no hay constancia alguna de que se ofreciera al prestatario las explicaciones e informaciones legalmente exigibles, como tampoco se puede llegar a la conclusión de transparencia que pretende la recurrente sobre la base de claridad de la cláusula por cuanto que ello no acredita que se ofreciese al prestatario, dentro de los parámetros referidos, información clara, precisa y suficiente sobre la cláusula y el funcionamiento de la misma, ni de la relevancia y significación que la misma podía comportar para ellos y, en consecuencia tal documento no permite concluir que el prestatario conociese cumplidamente, cuando suscribió el contrato en el que se inserta la cláusula litigiosa, la inclusión de la misma, ni menos aún que comprendiese la relevancia que para el mismo comportaba su inclusión en el contrato, su importancia jurídica y la carga económica que asumía al suscribir el contrato con dicha condición. Puede concluirse, que no habiendo acreditado la demandada apelante, a quien incumbía conforme al artículo 82.2 de la LGDCU, que la cláusula, que es condición general de la contratación, cuya nulidad postula la actora, fuese negociada individualmente con la misma, pues al respecto solo consta la propia escritura y la oferta vinculante, y sin que las pruebas permitan concluir que hubo negociación alguna, cabe apreciar en consecuencia, que a dicha parte solo se le ofreció el préstamo que finalmente fue firmado, sin otra alternativa ni mayor información, y, por tanto, que la cláusula controvertida tiene encaje en el artículo 1.1 de la LCGC ("cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material..."). Asimismo podemos concluir que la cláusula suelo objeto de litis es una condición general de la contratación que constituye un pacto, no negociado de forma individual, del préstamo hipotecario concertado en su día entre la parte actora y la entidad demandada, entrando así en juego la LGDCU y demás leyes complementarias, al poder encuadrarse a la parte actora en dicho ámbito normativo al ser persona física y actuar en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional, marco normativo que permite concluir el carácter abusivo de la misma, no solo por no superar el control de transparencia que hemos expuesto, sino porque, en definitiva, supone un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato y es contraria a las exigencias de la buena fe, en la medida que, dado el sector financiero en el que opera la entidad de crédito demandada, se le presupone un conocimiento preciso de las previsiones futuras sobre la evolución que vayan a seguir los tipos de interés, lo cual le obligaba a informar, de forma pormenorizada y clara, a la parte prestataria que carece de los conocimientos que al efecto tiene la parte prestamista, siendo de recordar en este sentido, el deber de información precisa y clara que debe presidir la actuación de Bancos y demás entidades de crédito en general a la hora de contratar, dada la complejidad del sector financiero, de difícil comprensión para el más común de los mortales, más cuando se trata de contratación en masa y solo un consumidor bien informado puede elegir lo que más le conviene y así efectuar una correcta contratación. La inclusión de una cláusula como la que nos ocupa denota falta de buena fe en la entidad demandada, pues la misma se asegura un beneficio al establecer la cláusula suelo, sabiendo que el perjuicio que para la misma se podría derivar de la cláusula techo tiene una posibilidad ínfima de concurrir. Tampoco la demandada ha aportado prueba alguna relativa a que le fuera informado de su derecho a examinar la Escritura Pública días antes de su firma ante Notario, ni que éste, al margen de leer la escritura, que es la praxis habitual, advirtiera expresamente a la parte prestataria de la cláusula suelo y de las repercusiones jurídicas y económicas que la misma comportaba. Sin embargo, la alegada intervención de notario, no excluye ni colma per se las exigencias del control de transparencia. Como indica la STS de 24 de marzo de 2015, con cita de la sentencia de 8 de septiembre de 2014, « sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a



la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia». Por otro lado, sabido es que la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, como en el caso de autos en el que el préstamo estaba destinado "a la adquisición de la finca que se hipoteca por medio de esta escritura", por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada. Por todo ello, en unión de las consideraciones expuestas en la Sentencia apelada que esta Sala acoge expresamente, y teniendo en cuenta que como dice el Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de marzo de 2017 lo verdaderamente relevante para el análisis del control de transparencia no es que el Tribunal tenga que mencionar todos y cada uno de los parámetros empleados por la Sentencia de 9 de mayo de 2013 que sino que en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve el cumplimiento o incumplimiento de transparencia, transparencia que no ha resultado acreditada en el supuesto enjuiciado, este Tribunal de alzada considera que la cláusula no supera el control de transparencia, y es abusiva, resultando clamoroso, que en un escenario temporal de previsibilidad de bajada de los tipos de intereses, se contemple, en protección clara de la Entidad crediticia, una cláusula suelo del 3,95 %, con un correlativo techo del 20%, con lo cual quien se protege realmente es el banco ante el escenario absolutamente previsible de bajada de tipo de interés, actuación ésta del banco, contraría a la buena fe, en la medida que la entidad crediticia, dada la posición que ocupa en el mercado financiero, sí era conocedora de la tendencia a la bajada de los tipos de interés y de la práctica imposibilidad de que se superase el 20% pactado como techo, lo que comporta un notable y patente desequilibrio jurídico. Por último y en relación con la abusividad, es del interés de esta Sala recordar lo que sobre el particular tiene ya declarado el Tribunal Supremo en la tan citada Sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013 y Auto aclaratorio de la misma, conforme a cuya doctrina, las denominadas cláusulas suelo, sí tienen la consideración de Condición General de la Contratación, y aunque afecten al objeto principal del contrato, pueden ser sometidas por el juez al control de abusividad, al no formar parte del elemento esencial del mismo, y ello aún cuando expresamente no se haya hecho valer por las partes, pues los principios "*Da mihi factum dabo tibi ius*" y "*iura novit curia*", permiten al Juzgador aplicar normas distintas e incluso no alegadas por las partes, siempre con absoluto respeto al componente fáctico esencial de la acción ejercitada, siendo que en el caso examinado, con respecto a los hechos alegados por las partes, la propia actividad probatoria propuesta por las partes y admitida en la Audiencia Previa, permite concluir, sin riesgo de incurrir en incongruencia alguna, que el íter negocial seguido por las partes, amén de que pueda apreciarse la abusividad de la cláusula por falta de proporción entre las prestaciones, fue contrario a las previsiones legales, a la buena fe que debe presidir la contratación y a la doctrina jurisprudencial citada y expuesta, y por tanto, que la cláusula controvertida, es abusiva, sin que la cuestión, por su obviedad, merezca de mayores consideraciones.

En relación a los efectos que conllevan esa nulidad, se ha de indicar que la sentencia apelada aplica la doctrina sentada por la STS de 25 de marzo de 2015 . El actor, hoy apelado, se conformó con el pronunciamiento que limitaba a los efectos de la retroactividad a partir de la citada fecha de 9 de mayo de 2013. Durante la tramitación del presente recurso se ha dictado la SJUE de 21 de diciembre de 2016, pero dado que el pronunciamiento que establecía dicho límite no fue impugnado por la parte actora, no podemos hacer pronunciamiento ni aplicar a doctrina del TJUE en virtud del juego de la cosa juzgada y de la prohibición de reformatio in peius, porque la cuestión de la fijación de un límite temporal no fue planteada mediante recurso de apelación. La parte apelada se aquietó a dicho pronunciamiento, aun cuando le hiciera porque era el criterio jurisprudencial entonces aplicado. La entidad financiera demandada no ha cuestionado la retroactividad aplicada, sin que pueda serle más perjudicial que la sentencia de instancia el pronunciamiento que dicte esta Sala, dado que de lo contrario, infringiríamos el principio de prohibición de reformatio in peius, recogido en el artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que establece que "la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso, y en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado."

CUARTO.- Por lo que se refiere a la estipulación séptima del contrato, la entidad se opone a su nulidad indicando que ha sido expresamente consentida por el demandante y negociada con él, incorporándose de forma válida, transparente y consentida por el demandante al contrato, negando que sea una cláusula oscura o dudosa siendo que su propia literalidad no deja lugar a dudas en cuanto a la precisión y claridad de sus términos por lo que atendiendo a la literalidad y a las negociaciones mantenidas entre las partes, el demandante tenía conocimiento de las implicaciones de todos los pactos contenidos en el préstamo hipotecario por lo que la



cláusula ni es oscura ni carece de claridad y resulta comprensible. Frente a esa tesis, se alza la parte apelada señalando que cuando se suscribe un préstamo con garantía hipotecaria no existe obligación legal para el prestatario de contratar un seguro que no sea el de daños por lo que la cláusula es abusiva por suponer un desequilibrio importante contractual en perjuicio del consumidor, máxime cuando el propio banco exige la contratación de una determinada compañía, a la sazón filial de la entidad bancaria, coartando el derecho del cliente a encontrar una aseguradora que oferte mejores condiciones y precio que la entidad bancaria. Refiere la parte apelada que en la oferta vinculante del préstamo, entre las causas generales de resolución anticipada de las que puede hacer uso la entidad financiera, se encuentra el impago de las primas de los seguros, impuestos, contribuciones y arbitrios de la finca hipotecada con preferencia al cobro por lo que la suscripción de un seguro de amortización, en este caso, en la modalidad de vida, no ha de entenderse necesariamente vinculada al préstamo hipotecario por lo que el consumidor tiene la opción de no concertar aquel y en caso hacerlo, escoger la entidad aseguradora. A los efectos de resolución del punto controvertido, conviene recordar la cláusula séptima del préstamo hipotecario la recoge lo siguiente:

"Don Bernardo , se ha adherido con fecha de hoy, al seguro colectivo o de grupo contratado por Credifimo con la Compañía Aseguradora AEGON SEGURO DE VIDA AHORRO E INVERSION S.A. DE SEGUROS, póliza núm. NUM000 , que declaran conocer. Este seguro cubre los riesgos de defunción e invalidez absoluta y permanente, hasta un importe de CIENTO DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS (119.847,00 €), en consecuencia, la cantidad que queda asegurada viene determinada por la proporción entre dicho importe máximo y el total importe del capital del préstamo. La parte asegurada se obliga a continuar adherida a dicho seguro durante el plazo de duración del presente préstamo, y hasta su amortización definitiva, resultando a su cargo las primas correspondientes de TREINTA EUROS CON CINCUENTA Y SEIS CENTIMOS (30,56 €) mensuales, que se cargarán por CREDIFIMO al CLIENTE en los recibos a los que se refiere la estipulación CUARTA BIS. La parte asegurada ha nombrado beneficiaria en la póliza anterior a la sociedad prestamista. Por lo que en caso de que suceda cualquiera de los eventos cubiertos por el indicado seguro, y a condición de que se esté al corriente en el pago de las primas, CREDIFIMO recibirá de la compañía aseguradora las indemnizaciones correspondientes hasta el límite de la cantidad del presente préstamo que resulte adeudada en la fecha del evento, aunque dicho préstamo no hubiera vencido, por lo que se considerará en tal caso como reembolso anticipado. CREDIFIMO deberá ser informada inmediatamente de ocurrido el evento, siendo a cargo del cliente los intereses del tiempo transcurrido entre la fecha del mismo y la de su comunicación a CREDIFIMO acompañada de la documentación necesaria..."

Lo primero que debe destacarse es que según el art. 8 de la Ley 2/1981, de 25 marzo , reguladora del Mercado Hipotecario, el único seguro que debe ir vinculado a la contratación de un préstamo hipotecario es el seguro de daños, "Los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación, en las condiciones que reglamentariamente se determinen". Además, el art. 10 del RD 716/2009, de 24 abril , de desarrollo de determinados aspectos de LMH, establece que los bienes sobre los que se constituya la garantía hipotecaria "(...) deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos". El Tribunal Supremo se ha pronunciado en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 , rechazando la abusividad de la cláusula que impone el prestatario en el abono de las primas correspondientes al seguro de daños argumentando: "En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro ." No se pronuncia el Tribunal Supremo no obstante sobre una cláusula similar a la cláusula controvertida, esto es, sobre la imposición de la contratación de un seguro de vida con una entidad vinculada a la prestamista.

Suele ser práctica en algunos casos que las entidades bancarias vinculen la existencia del contrato de préstamo a la existencia de un seguro de vida por el prestatario. Y ello, en razón a que si éste se compromete a ir abonando las cuotas mensuales que sean precisas con arreglo al contrato podría ocurrir un caso de fallecimiento que hiciera inviable el pago y tuviera que recurrir el banco a ejecutar la hipoteca sobre el inmueble, por lo que al mismo tiempo, también supone una garantía para la familia del prestatario que en el caso de fallecimiento no tendrá que verse sometida a una delicada situación de tener que asumir el pago de la deuda sin el principal soporte económico de la familia. Pues bien, es obvio reseñar que lo que la entidad bancaria podrá exigir es que a la firma de la póliza conste la existencia de un seguro que garantice desde el principio la existencia de un mecanismo de solvencia del aseguramiento del pago del préstamo hipotecario, pero lo que no se podrá incluir en la misma es que esta póliza tenga que suscribirse con la propia entidad bancaria o con una "compañía concreta" impuesta por la entidad crediticia, al igual que no es posible admitir, por



su abusividad, la obligación del prestatario de continuar durante la vigencia de la hipoteca con la póliza de seguro inicialmente contratada, pues pudiera ocurrir que el prestatario, una vez transcurrido el primer año de la vigencia del préstamo, podría encontrar una aseguradora que le oferte mejores condiciones y precio que la entidad aseguradora, extremos que acaecen en el caso de autos en el que se impone al prestatario la adhesión al seguro colectivo contratado por la entidad Credifimo con la compañía aseguradora Aegon, cubriendo riesgos de defunción e invalidez absoluta y permanente, obligándose la parte prestataria "a continuar adherida a dicho seguro durante el plazo de duración del presente préstamo, y hasta su amortización definitiva", lo que debe considerarse una cláusula abusiva y ser tenida por no puesta, todo ello de conformidad con los arts. 88.1 y 87.6 TRLGDCU. El primero de ellos, relativo a las cláusulas abusivas sobre garantías establece: "En todo caso se consideraran abusivas las cláusulas que supongan:

1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica."

Y conforme al art. 87.6 TRLGDCU, se consideran abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular, las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados. Y el art. 89.4 TRLGDCU considera igualmente abusiva, la imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

Sobre un supuesto de abusividad de la cláusula que impone la contratación de un seguro de vida se ha pronunciado el AAP de Barcelona de 10 de octubre de 2014, que confirma la declaración de abusividad efectuada en instancia respecto a la contratación de un seguro de amortización, argumentando que "la contratación de un seguro de amortización para el caso de impago del deudor debe considerarse abusiva dado que se establece la imposición de unos servicios que el consumidor no ha solicitado en virtud del artículo 89.4 del TRLGDCU ya que se obliga a los ejecutados a contratar un servicio concreto ofrecido por la propia entidad, una del grupo o con otra entidad determinada por la entidad financiera".

Por todo lo expuesto, debe ser igualmente desestimada la impugnación relativa a la cláusula que prevé la adhesión al seguro colectivo.

QUINTO.- Desestimado el recurso de apelación deducido por la entidad apelante, de conformidad con los artículos 398.1 y 394.1, ambos de la L.E.C, las costas procesales devengadas en esta alzada han de ser impuestas a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y los demás de legal y oportuna aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la Entidad UNION DE CREDITO PARA LA FINANCIACION MOBILIARIA E INMOBILIARIA CREDIFIMO ESTABLECIMIENTO DE CREDITO S.A.U, frente a la Sentencia dictada por la l.ima. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Málaga, en los autos de Juicio Ordinario N.º 781/13, a que este Rollo de Apelación se refiere, y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha Resolución e imponemos, a la parte apelante, las costas procesales devengadas en esta alzada.

Contra la presente Sentencia no cabe recurso ordinario alguno y cabrían los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal conforme al Acuerdo sobre criterios de admisión relativo a dichos recursos, adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno no Jurisdiccional de 27 de enero de 2017.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.



Así por ésta, nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ