



Roj: **SAP CC 383/2013 - ECLI: ES:APCC:2013:383**

Id Cendoj: **10037370012013100138**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2013**

Nº de Recurso: **145/2013**

Nº de Resolución: **130/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00130/2013

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de CACERES

N01250

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 927620309 Fax: 927620315

N.I.G. 10037 41 1 2012 0020936

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000145 /2013

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CACERES

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000453 /2012

Apelante: CAJAMAR CAJA RURAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO

Procurador: LUIS GUTIERREZ LOZANO

Abogado: JOSE MANUEL LEON FERNANDEZ

Apelado: Arsenio

Procurador: MARIA VANESA RAMIREZ CARDENAS FERNANDEZ DE AREVALO

Abogado: JUAN LUIS PICADO DOMINGUEZ

S E N T E N C I A NÚM.- 130/2013

Ilmos. Sres. =

PRESIDENTE: =

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS: =

DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =

DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA =

_____ =
Rollo de Apelación núm.- 145/2013 =



Autos núm.- 453/2012 =

Juzgado de 1ª Instancia núm.-1 y de lo Mercantil de Cáceres =

=====

En la Ciudad de Cáceres a veintidós de Mayo de dos mil trece.

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Juicio Ordinario núm.- 453/2012, del Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres, siendo parte apelante, la demandada **CAJAMAR, CAJA RURAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO -CAJAS RURALES UNIDAS, S.C.C.** -, representada en la instancia y en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. **Gutiérrez Lozano** y defendida por el Letrado Sr.- **León Fernández** , y como parte apelada, el demandante, **DON Arsenio** , representado en la instancia y en la presente alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Ramírez Cárdenas Fernández de Arévalo** , y defendido por el Letrado Sr. **Picado Domínguez** .

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres en los Autos núm.- 453/2012, con fecha- 15 de Enero de 2013, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Estimo la demanda interpuesta por la procuradora Dª Vanesa Fernández de Arévalo Ramírez Cárdenas en nombre de D. Arsenio contra Cajamar, Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito representada por procurador D. Luis Gutiérrez Lozano y, en consecuencia:

A.- DECLARO la nulidad por ser abusiva de la **cláusula** y condición general descrita en el Hecho Primero de la demanda: "En las revisiones el tipo de interés nominal resultante aplicable no será superior al 15 % anual, salvo que resulte de aplicar por penalización por demora, ni inferior al 3, 250%"

B.- CONDE *NO* a la entidad demandada a eliminarla del contrato y abstenerse de utilizarla en lo sucesivo.

C.- CONDENO a la parte demandada a devolver a la demandante la cantidad de 5.956,34 euros, cobrada de más a fecha de 19 de junio de 2012 por aplicación de la **cláusula** impugnada. LE CONDENO además a reintegrar al demandante todas las cantidades que indebidamente reciba la entidad durante la sustanciación del procedimiento. A estas cantidades se añade el interés legal desde la fecha de su respectivo cobro.

D.- CONDENO a la entidad demandada a recalcular y rehacer el cuadro de amortización excluyendo la **cláusula** impugnada, que regirá en lo sucesivo, contabilizando el capital que debió ser amortizado cuya cuantía asciende a junio de 2012 a los 2.201,95 euros.

E.- CONDENO a la entidad demandada a abonar el interés del art. 576 de la LEC .

No ha lugar a expresa imposición de costas a ninguna de las partes..."

SEGUNDO .- Frente a la anterior resolución y por la representación de la demandada-, se interpuso del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO .- Admitida que fue la interposición del recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C ., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

CUARTO .- Presentado escrito de oposición al recurso por la representación de la parte demandante, se remitieron los autos originales al Órgano competente, previo emplazamiento de las partes, que incoó el correspondiente de Rollo de Apelación.

QUINTO.- Recibidos los Autos y el Rollo de Apelación en esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, se procedió a turnar de ponencia; y no habiéndose propuesto prueba por ninguna de ellas, ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día **16 de Mayo de 2013** , quedando los autos para dictar sentencia en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C .

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

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente **DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA** .

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS



PRIMERO.- En el escrito inicial del procedimiento se promovió acción declarativa de nulidad de condición general de la contratación y acción de reclamación de cantidad, por la **cláusula** techo-suelo contenida en la escritura de constitución de hipoteca, con un **suelo** del 3,25% y un techo del 15%; pretensión que fue estimada en la sentencia de instancia, y disconforme la parte demandada, se alza el recurso de apelación alegando en síntesis, los siguientes motivos:

1º) La **cláusula** que regula tipos de interés de limitación no es condición general de la contratación: Por tanto es condición general de la contratación aquella **cláusula** predispuesta que haya sido impuesta. Hay imposición cuando el consumidor no haya podido influir sobre su contenido. Pues bien en el presente supuesto se da el elemento de predisposición pero no el elemento de imposición por tanto NO ES CONDICIÓN GENERAL.

En el supuesto enjuiciado de la **cláusula suelo**, es un hecho objetivo y cierto, que la referida **cláusula** ESTÁ PREDISPUESA, en el sentido en que la autoría material y redacción de la misma corresponde a una de las partes de la contratación bancaria; mi mandante la entidad financiera, lo cual es indiferente para nuestro sistema normativo.

Por tanto lo determinantes, según la directiva del 93, es que exista POSIBILIDAD, repetimos tan solo POSIBILIDAD, no que haya habido negociación, sino que haya habido OPORTUNIDAD de negociar, cuando dice que no existirá negociación cuando: "el consumidor no haya podido influir sobre su contenido"

La directiva NO dice; "no haya influido" sino que dice; "no haya PODIDO influir", el matiz es importante pues lo relevante no es que se haya influido en la **cláusula** observando su redacción lo que allí haya manifestado el prestatario, sino que lo relevante es que haya habido, repetimos, OPORTUNIDAD DE HACERLO independientemente de que el interesado haya observado actitud negociadora o no, de que se haya contraofertado y la propuesta haya o no haya fructificado en la redacción final del contrato o de que el prestatario haya renunciado a su posibilidad de negociar consintiendo las **cláusulas** predispuestas (ofertadas).

Pues bien, la posibilidad es siempre factible en nuestro sistema de contratación hipotecaria por la normativa tantas veces aludida, entre ellas la Orden de 1994, que si bien no garantiza como se ha dicho, que haya habido negociación porque es posible renunciar a ella, pero SI garantiza la posibilidad de iniciar y llevar a cabo una negociación que puede ser fructuosa o no, pero no necesariamente en todo caso infructuosa, como han entendido erróneamente algunas sentencias que resuelven asuntos como el de autos por tener una idea sesgada del sistema crediticio español. Predisposición: es oferta no imposición. Tanto el tribunal de instancia como el de apelación en otras sentencias, parten de un error claro de planteamiento, al equiparar la predisposición a la imposición dándole un matiz peyorativo, cuando afirman que la predisposición tiene como efecto la ausencia de negociación individual.

Debería ser irrelevante en el análisis de la imposición tal y como manifiesta la norma (art. 1 LCGC), quién ha predispuesto, de tal forma que no es ajustado a derecho sancionar como abusivo y sospechar la ausencia de negociación, en los casos en los que la oferta o predisposición, es realizada por el profesional, hecho muy habitual y de todo punto interesante para ambas partes, por ser en su condición de técnico experto, quien realmente ostenta los conocimientos suficientes para la celebración de un contrato con garantías.

La oferta presupone pre-disponer, es decir, poner con antelación en un proyecto de contrato, aquellas condiciones que puedan en principio interesar a ambas partes, lo cual no es esencialmente malo, reprochable o indeseable. El aspirante a aceptante de la oferta (condiciones predispuestas) puede observar varias conductas, aceptar, rechazar o negociar como hemos visto, pero esa actividad depende de la exclusiva VOLUNTAD del interesado, sin que pueda ser dicha voluntad, constreñida, limitada, atenuada o suprimida por la voluntad de la entidad oferente, sin perjuicio de las decisiones que aquel tome.

La mayor o menor capacidad de negociación no viene determinada por la diferencia de poder económico de las partes, en eso yerran los informes de los abogados generales del Tribunal de Justicia Europeo que han hecho prosperar esa idea en la sentencia de aquel, sino que depende del GRADO DE INTERÉS o necesidad que tenga el INTERESADO o necesitado en una determinada oferta realizada por una entidad financiera que le permita en actitud absolutamente libérrima y soberana, optar por renunciar a contraofertar condiciones diferentes que le fueran más favorables, o acudir al mercado para encontrar otras ofertas más adecuadas a sus pretensiones.

En el supuesto de autos el prestatario estaba muy interesado en adquirir un inmueble concreto, como segunda residencia en la playa, el cual figuraba gravado con una hipoteca a favor de la apelante, en la que decidió; subrogarse sin más, aceptando las condiciones ofertadas, a lo que optó voluntariamente y como opción personal, libre, prestando su consentimiento mediante aceptación de las condiciones objeto de la oferta y conocidas con antelación a la formalización de la escritura.

Yerran los informes de los abogados generales del Tribunal de Justicia Europeo que han hecho prosperar esa idea en la sentencia de aquel, sino que depende del GRADO DE INTERÉS o necesidad que tenga el



INTERESADO o necesitado en una determinada oferta realizada por una entidad financiera que le permita en actitud absolutamente libérrima y soberana, optar por renunciar a contraofertar condiciones diferentes que le fueran más favorables, o acudir al mercado para encontrar otras ofertas más adecuadas a sus pretensiones,

2º) Carácter esencial de los tipos de interés de limitación. La sentencia mantiene nuevamente el planteamiento erróneo del juzgador de instancia en el análisis de la **cláusula** enjuiciada, que llega a considerar la limitación a la variabilidad de los tipos de interés como **cláusula** accesoria equiparable a la conocida **cláusula** de redondeo. A juicio del apelante, las **cláusulas** enjuiciadas son: condiciones esenciales del contrato que forman parte del precio; se negocian individualmente; no se imponen; no son equiparables a la **cláusula** de redondeo.

Diferencias con la **cláusula** de redondeo. Los pactos de limitación de la variabilidad en préstamos hipotecarios y las desaparecidas **cláusulas** de redondeo no son en ningún caso equiparables. Aquí observamos otro error de planteamiento susceptible de subsanación por el tribunal de apelación, ya que si se reconoce que regulan el precio, son parte del precio, y por tanto tienen carácter esencial, pero es que para esta parte entiende que los "tipos de interés de limitación" no regulan el precio, ES PRECIO en sí mismo sin necesitar otros elementos para materializarse en ello.

No obstante el **suelo** en el supuestos de autos es de un 3,25% es por tanto un "tipo de interés de limitación", un PRECIO FIJO, pues cuando se activa, se abona a la entidad un 3,25% nominal anual, ostentando de forma aislada mayor cualidad de precio que el resto de elementos, pues el "tipo de interés referencial" considerado de forma aislada no es precio si no se le aplica la "cifra diferencial", y esta última tampoco tiene sentido por sí misma sin el concurso del tipo de interés referencial. Sin embargo el tipo de interés de limitación no necesita ningún otro elemento para ser considerado PRECIO. Es decir, **suelo** y techo SON PRECIOS FIJOS pactados para eventuales situaciones observadas en préstamos con sistema de amortización variable o de PRECIO VARIABLE, cuando se dan los supuestos para su activación.

Son precios fijos en un sistema de amortización hipotecaria de precio variable y por tanto su esencialidad es incontrovertible.

3º) La **cláusula** que regula tipos de interés de limitación no es abusiva. La Sentencia del Tribunal Supremo n º 75/2011 de fecha 02/03/2011 aludida por el juez de instancia, en alusión a la STJUE de 3 de junio de 2010 , estimaba no ser contrario al derecho europeo que la normativa nacional de un país miembro, hiciese control del contenido de los elementos esenciales del contrato, cuando no hubieran sido objeto de negociación individual. Y ello en aplicación del artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE , de 5 de abril 93/13/CEE.

Por tanto y como tenemos alegado en la instancia, la ausencia de normas que sancionen la nulidad de **cláusulas** como la enjuiciada no impide la aplicación como principio del artículo 4.2 de la Directiva, que es criterio pacífico en la jurisprudencia con anterioridad a la adaptación de la LCGC y asimismo con posterioridad en los casos en los que, como el presente, se acreditase la negociabilidad y la no imposición de la condición esencial. Por tanto el supuesto de autos que supone el enjuiciamiento de **cláusula** que afecta al precio del producto, en principio no le sería de aplicación el estudio de su abusividad.

Que la directiva no se oponga al control de elementos esenciales del contrato, a pesar de establecer un principio de prohibición de control de aquellos, no significa que lo permita cuando no existen normas nacionales que lo consienta.

Como es el caso español presidido por el principio de libertad de precios por el que se prohíbe la intervención de las autoridades públicas en la fijación de los mismos, sino que se deja a la libre confluencia de la Oferta y la Demanda en el mercado de productos y servicios.

Por el juzgador de instancia se centra el debate en el estudio, no de si es lícito ofertar una **cláusula suelo**, sino de si la que se ha ofertado y ha prosperado en el contrato es lícita. Pero para ello ha de hacerse un análisis de la prueba practicada en autos para dilucidar la licitud de la **cláusula** enjuiciada, que NO ha sido efectuado por el Juzgador de instancia, ya que se limita a exponer, los prejuicios y especial visión dogmática que tiene sobre la contratación bancaria y su indiscutible carácter impositivo de **cláusulas** donde no cabe la negociación individual ni tan siquiera de los elementos esenciales del contrato de préstamo hipotecario, equiparándolo a la contratación telefónica o a los servicios de parking, supuestos típicos de contratación puramente adhesiva.

Se corresponde con el análisis de la ABUSIVIDAD en la **cláusula** que fija tipos de interés de limitación y que ha sido impugnada, NO PROCEDE al ser estos tipos de interés de limitativos, precios fijos pactados en un sistema de amortización variable, ostentando una indudable condición de elemento ESENCIAL por fijar los precios del producto en determinados supuestos, que como hemos alegado se sustrae a cualquier control de los poderes públicos, entre ellos el control judicial, por regir en nuestro sistema crediticio, la libertad de precios y la economía de mercado con arreglo al artículo 38 de la Constitución Española de 1978 .



No obstante ello y aun siendo improcedente el estudio de la abusividad de la **cláusula**, hecha por el tribunal de instancia y que impugnamos por improcedente, no obstante manifestamos que de ser posible y legítimo el control de contenido de la **cláusula** enjuiciada el pacto impugnado de nulidad NO ES ABUSIVO.

Por todo ello, solicita la revocación de la resolución recurrida y la desestimación de la demanda.

A dicho recurso se opuso la parte contraria, solicitando la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Centrados los términos del recurso, para la adecuada resolución del mismo es necesario, antes de examinar los concretos motivos, partir de los siguientes antecedentes fácticos que resultan de las pruebas practicadas y el reconocimiento de las propias partes litigantes.

Según la prueba documental acompañada a la demanda, en fecha 19 de marzo de 2.007, el actor Don Arsenio, firmó ante Notario escritura de compraventa y subrogación en virtud de la cual adquiriría la propiedad de la vivienda y sus anejos, descrita en dicha escritura, y se subrogaba en la posición del vendedor y promotor inmobiliario respecto de la hipoteca que gravaba la finca, constituida a favor de la entidad bancaria demandada, CAJAMAR, CAJA RURAL SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO.

En la misma fecha el actor suscribió escritura de Novación Modificativa de Préstamo Hipotecario, modificando algunas condiciones financieras, concretamente, se estipuló un tipo fijo de interés durante los doce primeros meses del 4,59% y a partir de esa fecha, el Euribor a un año, más un diferencial del 0,49%.

No consta en ninguna de las dos escrituras estipulación alguna sobre las denominadas **cláusulas suelo-techo**. Sin embargo, el actor observaba que CAJAMAR le pasaba unos recibos con un interés del 3,25%, cuando el interés pactado era inferior, y cuando fue a solicitar explicaciones, le informaron que en la oferta vinculante que había firmado figuraba la **cláusula** de límites a la variación de tipos de interés, concretamente, con un **suelo** del 3,25% y un techo del 15%.

En la demanda se solicita la nulidad de referida **cláusula** que contiene la oferta vinculante, y además, la devolución al actor de las cantidades que ha abonado en exceso a tenor de la **cláusula** citada; las que vayan abonando durante el procedimiento y que se realice nuevo cálculo sin aplicar la **cláusula suelo**.

TERCERO.- Sentado lo anterior, comenzar diciendo que ésta Audiencia Provincial ha dictado numerosas sentencias, a partir de la primera de 24 de abril de 2.012, cuyas citas son innecesarias por conocidas, resolviendo supuestos de hecho similares, donde se planteaba la nulidad de la **cláusula suelo-techo** incorporada en las escrituras de hipoteca constituidas por las diferentes entidades bancarias. En todas ellas, ésta Audiencia Provincial declaró la nulidad, y en las que eran demandadas individuales, como la que nos ocupa, con la obligación de los Bancos de reintegrar a los actores las cantidades abonadas en exceso, y que en lo sucesivo percibieran el interés pactado sin tener en cuenta las **cláusulas suelo**. La motivación era muy variada y extensa tal y como se puede observar en la sentencia citada.

Ahora bien, la motivación jurídica de éstos supuestos debe sufrir, al menos en parte, un cambio a raíz de la reciente sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013.

Todas las cuestiones que se plantean por el apelante aparecen resueltas en la STS, en la que por cierto, la demandada también era parte. El TS establece las siguientes conclusiones, todas de aplicación al supuesto que nos ocupa.

"144. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que:

- a) 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 esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.
- b) El conocimiento de una **cláusula** -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.
- c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

165. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que:

- a) La prestación del consentimiento a una **cláusula** predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha **cláusula** o debe renunciar a contratar.



b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de **cláusula** no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una **cláusula** prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

167. Uno de los argumentos esgrimidos por las entidades crediticias para sostener que, incluso si las **cláusulas** controvertidas se califican como condiciones generales de la contratación no deben someterse a la LCGC es que las denominadas **cláusulas "suelo"** de los préstamos hipotecarios están admitidas y reguladas expresamente en las diferentes disposiciones legales.

178. Debe ratificarse lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que "[l]a 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 las 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".

179. Despejadas las dudas sobre la naturaleza de las **cláusulas** referidas a la variación de los tipos de interés -se trata de condiciones generales-, las codemandadas se opusieron al control de su abusividad porque las mismas afectaban a un "elemento esencial" del contrato de préstamo bancario.

190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las **cláusulas suelo** se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial.

196. De lo expuesto cabe concluir:

a) Que las **cláusulas suelo** 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 el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone.

CUARTO.- Continúa diciendo el TS:

2.1. La transparencia a efectos de incorporación al contrato.

201. En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 y 7 LCGC

202. Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las **cláusulas** de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.

203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC.

215. Sentado lo anterior cabe concluir:

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.

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, 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, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

246. De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores:

- a) Debe referirse al momento de la litispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes.
- b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.
- c) No impide el control del carácter abusivo de las **cláusulas**, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación.
- d) Las **cláusulas** contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

276. Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones:

- a) Procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las **cláusulas** examinadas en la forma y modo en la que se utilizan.
- b) Igualmente procede condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan.
- c) Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las **cláusulas** abusivas.

294. Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las **cláusulas** no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

QUINTO.- Finalmente, en la parte dispositiva de la sentencia se dice, en lo que aquí interesa,

"Séptimo: Declaramos la nulidad de las **cláusulas suelo** contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por:

- a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c) La creación de la apariencia de que el **suelo** tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Octavo: Condenamos a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. a eliminar dichas **cláusulas** de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización.

Noveno: Declaramos la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las expresadas Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. demandadas, concertados con consumidores en los que se hayan utilizado las **cláusulas** cuya utilización ordenamos cesar y eliminar.

Décimo: No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia".

SEXTO.- Aplicando la anterior doctrina el supuesto concreto, y a la luz de la prueba documental practicada, la **cláusula suelo** contenida en la oferta vinculante, que no en las escrituras firmadas por el actor, 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 la **cláusula** que aplica CAJAMAR, ni siquiera se encuentra en las escrituras públicas de subrogación hipotecaria y posterior novación de algunas condiciones, sino que se incluyeron en la oferta vinculante, que bien pudiera considerarse novada de forma extintiva por lo pactado sobre los intereses en las escrituras públicas citadas, de manera que nunca debió aplicarla la demandada.

SEPTIMO.- Como decíamos, en la demanda se solicita, además de la nulidad de la **cláusula suelo**, la devolución de las cantidades abonadas en aplicación de la **cláusula** nula, así como las que fueran venciendo, tal y como se ha estimado en la sentencia recurrida y lo venía declarando esta Audiencia Provincial en las sentencias dictadas en los procesos de acciones individuales, como el presente, y ello, por entender, que era un efecto jurídico inherente a la declaración de nulidad de la **cláusula**.

Ahora bien, la STS citada dice que "Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las **cláusulas** controvertidas".

Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las **cláusulas** no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia".

Por tanto, según el Tribunal Supremo, la nulidad de las **cláusulas** no afecta " a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia ".

Consecuencia de ello, es la estimación parcial de la demanda respecto a la nulidad de la **cláusula suelo**, más procede desestimar el resto de las pretensiones del suplico de la demanda.

OCTAVO.- De conformidad con el Art. 398 en relación del Art. 394, ambos de la L.E.C . las costas de ambas instancias no se imponen a ninguna de las partes al estimarse parcialmente la demanda y el recurso.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **CAJAS RURALES UNIDAS. S.C.C** contra la sentencia núm. 4/13 de fecha 15 de enero dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cáceres en autos núm. 453/12, de los que éste rollo dimana, y en su virtud, **REVOCAMOS PARCIALMENTE** expresada resolución, en el sentido de desestimar las pretensiones de los apartados c) d) y



e) del fallo de la sentencia, y confirmamos la sentencia en todo lo demás; sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009, en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

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

E./

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia, como Secretaria. Certifico.

DILIGENCIA .- Seguidamente se dedujo testimonio para el Rollo de Sala. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ