



Roj: **SAP C 1355/2015 - ECLI: ES:APC:2015:1355**

Id Cendoj: **15030370042015100165**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **20/05/2015**

Nº de Recurso: **223/2015**

Nº de Resolución: **168/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00168/2015**

MERCANTIL Nº 2

ROLLO 223/15

**S E N T E N C I A**

**Nº 168/15**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA**

**CIVIL-MERCANTIL**

**ILTMOS. SRS. MAGISTRADOS:**

**JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

**ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ**

**PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN**

En A Coruña, a veinte de mayo de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000364 /2014, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 2 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000223 /2015, en los que aparece como parte demandante-apelante, Teodulfo , Sagrario , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. PAMELA COUSILLAS FERNÁNDEZ, asistido por el Letrado D. MARIA FARIÑAS RESTREBADA, y como parte demandada-apelada, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./ a. MARÍA DEL PILAR CASTRO REY, asistido por el Letrado D. ALFONSO CARLOS ESPADA MENDEZ, sobre NULIDAD SOBRE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACION.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE A CORUÑA de fecha 6-2-15. Su parte dispositiva literalmente dice: " Desestimo la demanda interpuesta por Teodulfo Y Sagrario , representados por la Procuradora SRA. COUSILLAS FERNANDEZ y asistidos por la Letrada SRA. FARIÑAS RESTREBADA contra la demandada, BANCO POPULAR S.A., representada por la procuradora SRA. CASTRO REY y asistida por el Letrado SR. ESPADA MENDEZ.



Todo ello sin expresa imposición de costas."

**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por los demandantes se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada, y

### **PRIMERO: Planteamiento del litigio en la alzada.-**

El objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en esta alzada, por mor del recurso de apelación interpuesto, consiste en la demanda que es formulada por los actores D. Teodulfo y D<sup>a</sup> Sagrario, en su condición de prestatarios, contra la entidad demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. a los efectos de obtener un pronunciamiento judicial, que proclamase la nulidad de la condición general de la contratación punto 4 de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 10 de agosto de 2006, relativa a los límites de variabilidad del tipo de interés aplicable, suscrito entre las partes litigantes, con sus correspondientes efectos.

Seguido el juicio en todos sus trámites, con la oposición de la parte demandada, se dictó sentencia por parte del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de A Coruña, que desestimó la demanda sin imposición de costas.

Contra dicha resolución se interpuso por el demandante el recurso de apelación cuya decisión nos corresponde.

### **SEGUNDO: La cláusula suelo como condición general de contratación.-**

La sentencia del Juzgado considera que la cláusula discutida reúne las características de una condición general de contratación y que los actores ostentan la condición jurídica de consumidores -extremo éste último no cuestionado en la alzada-

En efecto, el art. 1 de la LCGC norma que son condiciones generales de 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 cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

De esta definición legal resulta que los requisitos de las condiciones generales de contratación son: a) contractualidad, b) predisposición, c) imposición y d) generalidad, siendo irrelevante su autoría material, extensión o que el adherente sea un profesional o un consumidor.

La sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 nos enseña que la predisposición significa que "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".

Y, la imposición implica que "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".

La precitada sentencia sigue razonando que: "el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que, como afirma el Ministerio Fiscal, la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos". . . "existe imposición cuando, elegido un determinado contrato, "[...] nada ni nadie evita al cliente la inserción de la cláusula suelo y techo".

Es necesario precisar igualmente, aun cuando lo sea con carácter somero, que "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.



En idéntico sentido el IBE (Informe del Banco de España 7 de mayo de 2010) afirma de forma expresiva en el apartado 3.1. -utilización de cláusulas limitativas a la variación- lo siguiente: "[u]n análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente [...] En definitiva, la aplicación de estas cláusulas obedece a Decisiones individuales de cada entidad".

Por otra parte, la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en una pluralidad de ofertas de contrato, dirigidas por un empresario o profesional a los consumidores, recae precisamente sobre el empresario, que es en este caso la entidad demandada apelante y de cuya testifical propuesta resulta precisamente todo lo contrario a lo que se sostiene en el recurso.

Tampoco han de ser idénticos, en cuanto a los tipos aplicables, todos los contratos celebrados por una entidad bancaria, para poder atribuir a la cláusula suelo la característica de condición general de contratación, sino que los bancos han de tener una cierta flexibilidad negociadora en cuanto a su contenido, máxime cuando las particularidades de cada caso divergen para adaptarse a las mismas. Como dice la STS de 8 de septiembre de 2014, del Pleno de la Sala 1ª, "la mera variación de los tipos mínimos, por sí sola, no constituye un sólido indicio de que realmente dichas cláusulas fuesen objeto de negociación específica con los adherentes, extremo que debe probar el predisponente en el curso de la oferta comercial y de la configuración de la reglamentación predispuesta".

No podemos compartir el argumento de que la suscripción del contrato es consecuencia de la libre autonomía de la voluntad, con sujeción indeclinable a la fuerza vinculante de los contratos ( art. 1091 CC ) y al principio general del derecho que impide actuar en contra de los propios actos, pues ello supondría reconocer que cualquier contrato suscrito queda al margen de la aplicación de la legislación tuitiva vigente en la materia.

No es un problema de aceptación de un contrato, sino de predisposición e imposición de sus cláusulas; por lo que no es argumento decisivo la intervención del fedatario público, que constata el consentimiento de los contratantes, tras la lectura del contrato, pues si dicho consentimiento no concurriera el contrato sería nulo de pleno derecho por inexistencia ( art. 1261 del CC ). Por otra parte, la necesidad, como requisito ad solemnitatem del otorgamiento de escritura pública para la eficacia de la hipoteca ( art. 1875 del CC ), determinaría, en conclusión inadmisiblemente, que ninguna condición inserta en un contrato de tal clase se podría considerar incluida en el art. 1 de la LCGC y de su régimen tuitivo, que quedaría limitado a la contratación en documento privado, lo que sería una conclusión absurda y como tal rechazable.

En este caso, no puede ofrecer duda que la cláusula suelo fue incluida por el Banco en las condiciones generales de contratación ofertadas vía telemática por el BANCO PASTOR (actualmente parte del grupo BANCO POPULAR), extremo éste que realmente no se discute en la alzada.

### **TERCERO: Los controles de contenido e incorporación, así como de transparencia en contratos celebrados con consumidores.-**

Hay que determinar, ahora, si el contrato suscrito con los demandantes -las circunstancias fácticas divergen de una relación convencional a otra- cumple los requisitos de transparencia y proscripción de las cláusulas abusivas, mediante los controles de contenido e incorporación.

Como ya hemos reseñado en nuestras sentencias de 22 y 31 de octubre de 2014 , 4 de febrero y 7 de abril de 2015 , la contratación en masa, característica de una sociedad de consumo, determinó, frente a la negociación individual de las relaciones contractuales propia de la época liberal codificadora, la generalización de las condiciones generales de contratación impuestas por la parte prestadora del producto o servicio en el mercado, a veces incluso en un escenario de nula competencia.

Dicha práctica comercial constituye -como señala la STS de 8 de septiembre de 2014 - "un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada". Y en este esfuerzo



tuitivo podemos citar las SSTs 18 de junio de 2012 , 9 de mayo de 2013 , 10 y 11 de marzo y 7 de abril de 2014 entre otras.

De ahí que se sintiese la necesidad de controlar estas estipulaciones contractuales, al no poder prohibirse su utilización, a través del control normativo de las mismas, tanto desde el punto de vista de su contenido, desterrando aquéllas que fueran abusivas, y de ahí que en el seno de la Unión Europea se dictase la Directiva 93/13, como de su incorporación al contrato, de manera tal que el adherente estuviera debidamente informado de los pactos a los que se sometía y no se viera de esta forma sorprendido por cláusulas incomprensibles, oscuras, abstractas o no transparentes.

Este doble control en el marco de nuestra legislación se lleva a efecto a través del RDL 1/2007, que aprueba el Texto Refundido sobre la Legislación protectora de consumidores y usuarios, y la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación (LCGC).

La Exposición de Motivos de ésta última Disposición General señala al respecto: "Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas".

### 3.1 Control de contenido.-

En relación con el control de contenido, el art. 8 de la LCGC establece que: "1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disp. adic. 1ª Ley 26/1984 de 19 julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", hoy arts. 82 y ss. del TRLGDCU.

Este control de contenido determina desterrar del contrato las condiciones generales de contratación que sean abusivas. Las SSTJUE de 30 de mayo de 2013 (Erika Joros/Aegon Magyarország Hitel Zrt ) y de 3 de octubre de 2013 (Duarte Hueros/Autociba), proclaman que es obligación del juez nacional hacer todo lo que sea posible dentro de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del sistema de protección establecido por la Directiva, y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véase, en este sentido, la STJUE de 24 de enero de 2012, Domínguez, C-282/10 , apartado 27 y jurisprudencia citada).

Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha subrayado, en varias ocasiones, que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional, sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (véanse las sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartado 27; Mostaza Claro, apartado 26; Asturcom Telecomunicaciones, apartado 31, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 48).

A tal efecto la perseguida finalidad tuitiva se refuerza mediante la obligación del juez nacional, en cuanto aplica el derecho comunitario, de apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores y usuarios (SSTJUE de SSTJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 , apartado 32 , 14 junio 2012 , Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 42 y 43 y 21 febrero 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 23). Tal control ha de llevarse a efecto tan pronto como se disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (sentencias Aziz, EU:C:2013:164, apartado 46, y Barclays Bank, EU:C:2014:279, apartado 34, Sánchez Morcillo, EU:C: C- 169/14, apartado 24).

La misma doctrina ha sido recogida en la STS de 9 de mayo de 2013 (recurso de casación 485/12), en la que se estableció: "En definitiva, como ha reiterado el TJUE "el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual".

Es cierto que, cuando una cláusula se refiera al objeto principal del contrato, no es susceptible de control de abusividad, conforme establece el art. 4.2 de la Directiva 93/13 , siempre que sea clara y comprensible en su redacción, señalando el mentado precepto que: "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

En este sentido, la STS de 9 de mayo de 2013 señala que: "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. 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".

### **3.2 Control de incorporación.-**

Este control opera en la fase de perfeccionamiento del contrato. No incide sobre la bondad de las cláusulas suscritas o dicho de otra forma sobre su validez y eficacia, que es lo que constituye el anteriormente definido control de contenido, sino sobre la formación de la voluntad contractual, en aras a la finalidad pretendida de que sólo cabe expresar un conocimiento contractualmente válido si se conocen los compromisos que realmente se asumen, lo que exige que la redacción de las cláusulas contractuales sea clara y comprensible, en definitiva que las mismas no sean oscuras, vagas, imprecisas o ambiguas, sino que quepa atribuirles la condición de transparentes, pues sólo así se pueden incorporar sin objeciones legales al contrato.

En efecto, el art. 5 de la LCGC norma que: "la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, y el art. 7 LCGC, que "no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las 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, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]".

Por su parte, en el vigésimo considerando de la Directiva 93/13 se indica que "[...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]", y el artículo 5 dispone que "[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible".

El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

La razón que justifica dichas exigencias normativas es la asimetría que existe entre la posición del predisponente y el adherente, que determina la necesidad de proteger a este último, imponiendo al primero la obligación de actuar de buena fe, redactando sus condiciones generales de contratación de forma tal que permitan tomar constancia real de las obligaciones que se asumen, posibilitando de esta manera que el adherente no se vea sorprendido por cláusulas afectantes al contenido económico del contrato celebrado, que no gocen de los precitados presupuestos de conocimiento civiliter, bien por ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles en los términos del art. 7 b) de la mentada Disposición General, o bien por privar al adherente del conocimiento efectivo de las prestaciones contractuales predispuestas.

En definitiva, se pretende garantizar el juego de la libre autonomía de la voluntad, permitiéndole al adherente buscar otras alternativas convencionales en el mercado, favoreciendo su correcto funcionamiento, pues en última instancia el control de transparencia es mecanismo protector de la legítima competencia.

La razón de ser de la protección que dispensa la LCGC consiste en la posibilidad real de acceder al contenido contractual, con plena conciencia del compromiso asumido o al menos tener la posibilidad efectiva y no formal de adquirirlo.

### **3.3 El control adicional de transparencia en contratos celebrados con consumidores y usuarios.-**

Sobre este control de incorporación se superpone un adicional control de transparencia, cuando nos encontramos, como es el caso que enjuiciamos, ante contratos con condiciones generales celebrados con consumidores (arts. 80 y 81 TRLGDCU).

En efecto, como señala la STS de 9 de mayo de 2013, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "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". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos



o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

En este sentido, la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, apartado 49, con referencia a una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente "[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]".

Por todo ello, se concluye por el Pleno de la Sala 1ª en la precitada sentencia:

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".

A título ilustrativo la STS de 9 de mayo de 2013 establece como criterios determinantes de la ausencia de transparencia los siguientes:

"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".

Por su parte, la STS 86/2014, de 26 de mayo, en recurso 1125/2012, señala al respecto que: "En relación al presupuesto de comprensibilidad de la reglamentación predispuesta (motivo segundo del recurso de casación) debe señalarse que esta Sala, SSTS de 18 de junio de 2012 núm. 406/2012), 11 de abril de 2013 (núm. 221/2013) y 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013) ha profundizado en el significado jurídico del control de transparencia como un plus u obligación que tiene el contratante predisponente en orden a que la cláusula considerada no solo sea clara e inteligible, gramaticalmente para el contratante consumidor, sino que también resulte transparente tanto en la comprensión de la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que debe realizar a cambio de la prestación que quiere o espera obtener, como de la comprensión, clara y sencilla, de la carga jurídica del contrato, es decir, de la posición jurídica que asume en los aspectos básicos que definen el contrato celebrado, como en la respectiva asignación o distribución de los principales riesgos del contrato celebrado".

O más recientemente, la STS del Pleno de 8 de septiembre de 2014, en recurso 1217/2013, precisa que: "el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada.

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



#### **CUARTO: Aplicación de la doctrina expuesta al caso presente: la valoración del Tribunal.-**

Pues bien, a los efectos de determinar si el recurrente tomó constancia real de la cláusula suelo impugnada, hemos de partir de los propios hechos con base a los cuales se articula su demanda, en la que se expone el componente fáctico de la pretensión deducida, lo que es de sumo interés, dada la naturaleza casuística de las acciones de la clase que nos ocupa.

##### **4.1 Las afirmaciones de la demanda no coinciden con la realidad.-**

En la demanda se expuso que las partes pactaron un tipo de interés variable, euríbor más 0,73%, durante la vigencia del contrato, sin limitaciones, la prueba de ello -se dice- es que las partes acordaron establecer un sistema de reducción del diferencial que permitía a los demandantes, si contrataban distintos productos de la entidad financiera, disminuir el diferencial a 0,35%, añadiendo literalmente después:

"Sin embargo, todo lo anterior resultó ser un engaño y nada de lo ofertado por el banco y pactado por las partes resultó ser real, ya que la entidad financiera demandada, en una muestra evidente de falta de claridad y transparencia, introdujo de forma unilateral y sin la aprobación del demandante, de forma postergada al final de la estipulación tercera bis, después de regular otros aspectos secundarios y condicionalmente aplicables del contrato, un límite de variación a la baja del tipo de interés aplicable (cláusula suelo) del 2,25% y también una limitación al alza (cláusula techo) del 11,75% . . .

Dichas condiciones del contrato, ni ofertadas, ni negociadas, ni aceptadas por el demandante, definitorias del objeto del contrato y con importante carga económica, fueron introducidas de forma unilateral por la entidad financiera demandada, y ubicadas en un espacio claramente secundario de la escritura, de manera oscura y nada transparente . . .

Con dicha conducta omisiva y manifiestamente abusiva -sigue expresándose la demanda- la mercantil demandada hizo creer a mi patrocinado que contrataba un préstamo hipotecario con INTERÉS VARIABLE sin limitaciones, ofertando además reducciones y bonificaciones sobre el diferencial pactado a cambio de la contratación de otros productos con la entidad...". . .

De hecho los actores únicamente fueron conscientes del coste e implicaciones cuando ante las continuas bajas del Euríbor a partir del año 2010, comprobaron que el tipo de interés aplicable en su caso, inexplicamente nunca disminuía del 2,9%" -sic-, es un error debe decir 2,25%. . . la entidad bancaria incluyó la mencionada cláusula en el contrato de forma unilateral, con la mera indicación en el momento de la firma de que era una cláusula genérica"

Tales afirmaciones fácticas conforman una construcción jurídica efectuada con la finalidad de obtener un pronunciamiento estimatorio de la demanda, pero que no responden con la realidad de lo acaecido. Sencillamente dichas alegaciones no son ciertas.

##### **2.2 El iter precontractual demuestra el conocimiento de los actores de la existencia de la cláusula suelo y lo que ella suponía en la carga económica del contrato.-**

En efecto, hubo un periodo inicial de naturaleza precontractual, a instancia de los propios recurrentes, que se inicia, vía correo electrónico, solicitando a la entidad demandada la obtención de un préstamo de 186.000 euros, con un periodo de amortización de 30 años, para la adquisición de una concreta vivienda tipo chalet, cuyo precio de compra era de 270.000 euros, indicando los datos personales de los demandantes: profesionales (ingeniero y farmacéutica), ingresos netos de ambos, patrimonio actual y deuda hipotecaria de 127.000 euros a cancelar antes de la firma (f 116).

El 10 de julio de 2006, igualmente por vía electrónica, contesta el Banco (f 124), señalando que, tras analizar los datos de su solicitud, la operación planteada era viable, exponiendo con claridad los términos de la operación:

TITULARES: los demandantes.

IMPORTE: 186.000 euros.

PLAZO: 30 años.

COMISIÓN DE APERTURA: 0%

INTERÉS INICIAL: 3,25%, durante seis meses y a partir de ahí el interés se revisará cada año.

"REVISIÓN ANUAL DE INTERESES: Euríbor + 0,38%. Sin redondeo y con un tipo mínimo de interés del 2,25%".

Es decir, en el primer momento de la negociación, de forma clara, sin ambigüedades, ni oculta dentro el entramado contractual, en el apartado correspondiente a la revisión anual de intereses, en la primera carilla

de la información solicitada, y destacado en mayúsculas, se especificó, con respecto al interés aplicable, que el tipo mínimo era del 2,25%.

Se le remitió también al recurrente un folleto legal informativo en el que, entre otras informaciones, figuraba, en la primera carilla, de nuevo:

"REVISIÓN ANUAL DE INTERESES:

**Euribor + (desde 0,38% a 0,73%)\* sin redondeo y con los siguientes límites:**

Tipo de interés máximo: 11,75%

Tipo interés mínimo: 2,25%.

\*Dependiendo del cumplimiento de los requisitos exigidos".

Igualmente incorpora el mentado folleto, acto seguido, las oscilaciones del euríbor medio a un año publicadas en el BOE: de enero de 2002: 3,483%; enero 2003: 2,705%; enero de 2004: 2,261%; enero de 2005: 2,216%; abril de 2006: 3,221% y mayo de 2006: 3,308%. Con ello el consumidor tomaba constancia de la variabilidad del euríbor pactado.

Así como figuraba también una simulación del importe de las cuotas mensuales a abonar para un préstamo hipotecario, al 3,25%, a junio de 2006 era el euríbor del 3,3008%, por cada 6000 euros, con amortización respectiva a los 10, 15, 18, 20, 22, 25, 30 y 35 años, así como los gastos orientativos de hipoteca: tasación, gestoría, registro, notario, impuesto de AJD y prima anual del seguro de daños (126).

Con ello, los demandantes, que eran consumidores cualificados -ingeniero y farmacéutica- tenían conocimiento de las circunstancias del préstamo que estaban dispuestos a contraer, al hallarse informados por el banco sobre el coste real de la operación, lo que les permitía llevar a efecto sus previsiones económicas. Lógicamente conocían, que el interés inicialmente pactado podría ser menor en el caso de que el Euribor más el 0,35% fuese inferior, si bien, en cualquier caso, no podría ser menor al 2,25%.

De ninguna manera pues en la oferta precontractual realizada, la cláusula suelo se encontraba diluida o confusa en el entramado de las condiciones de la oferta, sin expresión de la importancia real que ostentaba, dificultando de esta forma que los prestatarios tomaran real constancia del efectivo costo del contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado, y las características reales de las eventuales modificaciones del tipo de interés impuesto.

Igualmente, con tiempo más que suficiente para que los actores madurasen su decisión, el 8 de agosto de 2006, y, tras serles requerida por el Banco la documentación correspondiente para el otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario, se les remite la oferta vinculante, en la que, en documento con letra pequeña, si bien en negrilla, de nuevo, se hace constar los límites de variabilidad del tipo de interés aplicable.

De la misma manera, en dicha data, por correo electrónico, se les envía la minuta del préstamo hipotecario, en cuyo encabezamiento se hace referencia expresa a que:

" *Por favor revisen el texto de las mismas que consta en sus ficheros " y, a continuación, **ROGAMOS REVISEN** : La cláusula Tercera bis, Cuarta, Úndécima y últimos párrafos de la escritura " , buscando, con ello, de forma transparente, que el consumidor centrara en ellas su atención, dada su trascendencia en la economía del contrato y, en modo alguno, desviando su atención a otras de menos trascendencia convencional ajenas a la carga económica del préstamo .*

Pues bien, dentro de la meritada cláusula tercera bis, en negrilla y mayúsculas, se podía leer un apartado 4º, que rezaba:

" **LÍMITES DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE** . Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 2,25% nominal anual, ni superior al 11,75% nominal anual" (f 176).

Antes de la suscripción del contrato, recibe D. Teodulfo una llamada del Banco, cuya grabación se aporta al proceso, relativa a la conservación mantenida con la gestora de firmas de la entidad demandada, que se identifica como Milagros , en la que se escucha:

Milagros : Lo que quiero saber, Milagros , es si revisó la minuta del préstamo, que es lo que me interesa, ¿no sé si tiene algún tipo de duda, algo que no le quede claro?.

Teodulfo : En principio está todo claro.

Milagros : ¿Se corresponde todo con lo que habló con el gestor?.





Teodulfo : sí.

A continuación hablan de las condiciones del préstamo y sobre la concertación del seguro.

Otro dato, si bien meramente indiciario, que se conecta con los anteriormente expuestos, en la valoración conjunta de la prueba practicada ( art. 218.2 LEC ), es que la cláusula suelo entra contractualmente en juego, en el mes de junio de 2010, y no consta ninguna reclamación contra el Banco, por los demandantes, hasta el 26 de enero de 2014, en carta dirigida a la entidad demandada, lo que conforma un proceder que no se explica si realmente fueran sorprendidos por su aplicación.

Con lo que consideramos, en los términos expuestos, que los demandantes tenían perfecta constancia de la existencia de la cláusula suelo, que la actuación del Banco fue transparente a la hora de facilitar el contenido real de las condiciones del préstamo con garantía hipotecaria contratado, y que no coinciden con la realidad las afirmaciones fácticas de la demanda antes reseñadas y sobre las que se construye la presente acción de nulidad.

No nos hallamos, por lo tanto, ante unos consumidores desinformados, que merezcan la tutela jurídica de la nulidad de la cláusula suelo pactada, por su falta de transparencia, sino ante unos prestatarios, que tenían constancia real de la existencia de la misma, lo que les permitía conocer perfectamente las cargas económicas asumidas.

#### **4.3 No era previsible, a la fecha del contrato, la evolución del euríbor hasta los tipos existentes a la data de presentación de la demanda.-**

No cabe postular un pronunciamiento de nulidad contractual, basado en los actuales escenarios a la baja del euríbor, cuando la variabilidad pactada, con el límite de la cláusula suelo suscrita del 2,25%, era conocida para los apelantes, y dicha oscilación, en una etapa alcista como la existente al tiempo de contratación, era poco previsible que bajara hasta los escenarios actuales de evolución. Es más, no se comienza a aplicar hasta transcurridos cuatro años de la suscripción del contrato, lo que descarta cualquier conducta de aprovechamiento por la demandada de información económica conocida y ocultada.

Así, a partir de la firma del préstamo, el 01-09-2006, el euríbor era del 3,071% y se elevó, durante dicha anualidad, de manera que, en diciembre de dicho año, estaba al 3,335%. En el año 2007, en enero era del 3,614 %, y, en diciembre, se había elevado a 4,108 %, en octubre de 2008 estaba en el 4,846 %, comenzando a bajar, en noviembre de 2008, más de dos años después de la firma del préstamo litigioso.

#### **4.4 Las cláusulas suelo no son, por sí solas, ilícitas.-**

Por otra parte, las cláusulas suelo no son por sí mismas ilícitas, pues como señala la STS de 9 de mayo de 2013 :

"a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

...

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones".



En definitiva, sigue insistiendo la precitada sentencia: "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. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio".

Consideramos que el actor sí tenía tal información, por otra parte además la cláusula suelo del 2,25%, teniendo en cuenta el diferencial del 0,73% o, en su caso, del 0,35% sobre el euríbor, tampoco le resultaba especialmente gravosa. Y sin duda tal circunstancia fue tenida en cuenta en el momento del contratar, en el que no era previsible además la evolución actual a la baja del euríbor hasta límites que eran entonces imprevisibles.

#### **4.5 Sobre los indicadores de la falta de transparencia.-**

No hemos de olvidar tampoco que, en el auto aclaratorio de la sentencia de 9 de mayo de 2013, de fecha 3 de junio siguiente, el Pleno del Tribunal Supremo aclara que:

"11. El apartado séptimo del fallo, identificó seis motivos diferentes -uno de ellos referido a las cláusulas utilizadas por una de las demandadas- cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes.

12. A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo".

Por lo que no cabe basar el presente recurso de apelación en la apreciación aislada de alguna de las circunstancias indicadas en la tantas veces invocada sentencia de 9 de mayo de 2013.

#### **QUINTO: Costas y depósito**

De acuerdo con lo previsto en el artículo 398, en relación con el 394 de la LEC, y por las mismas razones expuestas en la sentencia apelada, hallándonos ante un caso, que plantea discutibles cuestiones fácticas y jurídicas, con criterios casuísticos derivados de las circunstancias concurrentes, determinan que no se haga especial imposición sobre las costas de la alzada.

Procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

#### **FALLAMOS**

Que debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, sin imposición de las costas procesales de la alzada a la parte apelante.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional, y, en su caso, extraordinario por infracción procesal, a interponer, en el plazo de veinte días, ante este Tribunal para la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.