



Roj: **SAP BA 616/2013 - ECLI:ES:APBA:2013:616**

Id Cendoj: **06015370022013100170**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Badajoz**

Sección: **2**

Fecha: **27/06/2013**

Nº de Recurso: **119/2013**

Nº de Resolución: **180/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FERNANDO PAUMARD COLLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Badajoz, núm. 1, 08-01-2013 ,  
SAP BA 616/2013**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BADAJOZ

SENTENCIA: 00180/2013

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de BADAJOZ

1280A0

AVDA. COLÓN Nº 8,2ª PLANTA

-

Tfno.: 924284238-924284241 Fax: 924284275

N.I.G. 06015 37 1 2013 0203175

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000119 /2013

Juzgado de procedencia: JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de BADAJOZ

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000139 /2012

Apelante: Bernabe

Procurador: ANTONIO JUAN FERNANDEZ DE AREVALO ROMERO

Abogado: JUAN LUIS PICADO DOMINGUEZ

Apelado: LIBERBANK S.A.

Procurador: MARTA PILAR GERONA DEL CAMPO

Abogado: CARLOS RUBIO VALINA

**SENTENCIA NUM: 180/2013**

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRISIMO SR

PRESIDENTE

D.ISIDORO SÁNCHEZ UGENA.

MAGISTRADOS



D.CARLOS CARAPETO MÁRQUEZ DE PRADO

D.FERNANDO PAUMARD COLLADO.

BADAJOS, a veintisiete de Junio de dos mil trece.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000139 /2012, seguidos en el JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de BADAJOZ, RECURSO DE APELACION (LECN) 0000119 /2013; seguidos entre partes, de una como recurrente/s D/D<sup>a</sup>. Bernabe , representado/s por el/la Procurador/a D/D<sup>a</sup> ANTONIO JUAN FERNANDEZ DE AREVALO ROMERO, dirigido/s por el Letrado D. JUAN LUIS PICADO DOMINGUEZ, y de otra como recurrido/s D/D<sup>a</sup>. LIBERBANK S.A., representado/s por el/la Procurador/a D/D<sup>a</sup> MARTA PILAR GERONA DEL CAMPO y dirigido/s por el/la Letrado/a D/<sup>a</sup> CARLOS RUBIO VALINA. Actúa como Ponente, el/la lltmo/a. Sr/Sra. D/<sup>a</sup> D. FERNANDO PAUMARD COLLADO.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de BADAJOZ, se dictó sentencia de fecha 8-1-13 , cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: "

Desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Fernandez de Arevalo Romero, en nombre y representación de D. Bernabe , frente a CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA/LIBERBANK S.A., representada por la Procuradora ?SRa. Gerona del Campo ABSUELVO a CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA/LIBERBANK S.A., de la pretensión deducida frente a ella.

No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas causadas por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública con práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La parte apelante- D. Bernabe - interesa la revocación de la sentencia de instancia y la consiguiente estimación de la demanda rectora de la litis, en la que se solicitaba la declaración de nulidad, por tener carácter de **cláusula** abusiva, de la condición general de la contratación descrita en la propia demanda, que establecía lo que se conoce como "**cláusula suelo**" en un préstamo hipotecario a interés variable y se condenase a la Entidad Bancaria prestamista " Caja de Ahorros de Extremadura" a eliminar aquella condición del contrato en cuestión y a devolver, al actor, la cantidad cobrada por aplicación de la **cláusula** impugnada, así como a recalcular, excluyendo la **cláusula suelo**, los respectivos cuadros de amortización, interés y cotas.

En apoyo de su pretensión revocatoria, el apelante aduce, en primer lugar, que el argumento de la sentencia de instancia, según el cual la "**cláusula suelo**" constituye el precio del contrato y, por ello, es elemento esencial del préstamo conocido perfectamente y aceptado por el prestatario consumidor; quien conocía la naturaleza, riesgos y consecuencias de tal **cláusula**, que, según el Juzgado de instancia, no es condición general del contrato, sino estipulación no negociada individualmente, ese argumento, en opinión del apelante no se sostiene porque, frente a la tesis de la Sentencia apelada, la "**cláusula suelo**" es condición general del contrato.

SEGUNDO.- Como no podía ser de otra forma, para dar respuesta las pretensiones deducidas por el hoy apelante, este Tribunal debe atenerse a los argumentos expuestos en la reciente Sentencia del Pleno de la Sala de lo civil del T.S. nº 1916/2013, de 9 de mayo sobre condiciones generales abusivas y **cláusulas suelo** en préstamos hipotecarios.

Como es sabido- y se recuerda en dicha Sentencia- ene. contrato de préstamo con garantía hipotecaria, el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga también a pagar intereses, que puedan se fijos o variables; en este segundo caso, el tipo de interés a pagar oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que



es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo ( el más frecuente es el EURIBOR a un año); y b) el diferencia o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.

Para limitar los efectos de los eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza- las denominadas " **cláusulas** techo y a la baja"- las "**Cláusulas suelo**" que operan como topos máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario. Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope ( **suelo**) fijado, estas **cláusulas** impiden que la bajada se traslade al prestatario.

TERCERO.- Entrando en materia, sobre si las **cláusulas** relativas al objeto o elemento esencial o principal del contrato- por ejemplo, el precio- pueden ser calificadas como condición general de la contratación o no, la Sentencia ya mencionada del T.S. de 9/5/2013 , declara que, indudablemente, la llamada "**cláusula suelo**" ( que es la que es objeto de impugnación concreta, ene l supuesto hoy enjuiciado, pues la "**cláusula** techo" no es objeto de denuncia por el consumidor prestatario) tiene carácter contractual y es **cláusula** prerredactada ( de hecho, como después se comprobará, la propia regulación sectorial, demuestra que se trata de **cláusulas** predispuestas); y, en fin, son **cláusulas** que, como es suficientemente conocido, están destinadas, por las Entidades financieras prestamista, a se incluidas en una pluralidad de contratos.

La entidad financiera hoy apelada- apoyando los argumentos de la Sentencia recurrida- entiende que la **cláusula suelo** hoy discutida, no puede considerarse como condición general de la contratación porque versa sobre un elemento esencial del contrato y, por ello, el consumidor, necesariamente, la conoce y la acepta libre y voluntariamente, máxime, añade, cuando, precisamente, nos encontramos ante una escritura de novación y ampliación de préstamo, de 24 de mayo de 2007, ene l que, entre otras condiciones del préstamo originario, de 4/12/2003, se modificó o novó la **cláusula** del tipo de interés del préstamo.

En efecto, al folio 45, puede leerse en el Expósito III, de la escritura citada de 24/5/2007: " La Caja a solicitud de 1) Bernabe ha decidido la modificación de las condiciones del tipo de interés ordinario pactado, estableciendo una nueva forma de amortización del mismo y la ampliación del capital prestado....". y al folio 46, aparece la fijación del nuevo tipo de interés convenido. Se plantea, entonces el debate sobre si los pactos que definen el objeto principal del contrato, pueden tener, o no, la consideración del condición general de la contratación.

CUARTO.- Las condiciones generales de la contratación son definidas, en art. 1.1 de la ley de condiciones Generales de la contratación ( LCGC), ley 7/1998, de 13 de abril , como aquellas **cláusulas** predispuestas cuya incorporación al contrato fuese 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 otra circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

El insatisfactorio como dice la sentencia de 9/5/2013 , ya citada, resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, como declara la Exposición de motivos de la LCGC, de restablecer , en la medida de lo posible, la igualdad de posiciones, ya que " la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica". Por ello, la ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual".

La aplicación de las reglas de reequilibrio contenidas en la LCGC, a los contratos sujetos a esta norma especial, no excluye aquellas **cláusulas** o condiciones definitorias del " objeto principal", por lo que, como dice la Sentencia de 9/5/2013 , no hay base para el planteamiento alternativo que hace la sentencia hoy apelada.

Y es que, en nuestro sistema, una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta, sigue diciendo la STS 9/5/13 , es determinar cual es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, de un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado ( art. 38 CE ) y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el art. 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice, mediante procedimientos eficaces " los legítimos intereses económicos de los mismos.

Por otra parte, la **cláusula suelo** impugnada, aunque se trate de una **cláusula** impuesta, no por ello excluye que se trata de una **cláusula** conocida y aceptada, pues tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentida e incorporada al contrato, tanto



por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica - art. 1261.1º CC -, como por exigirlo de forma expresa el art. 5.1 de LCG, << las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo >>.

Por consiguiente, el hecho de que la **cláusula suelo** se refiera al objeto esencial del contrato, no significa que no pueda ser calificada como condición general de la contratación, ya que éstas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el contrato; se trata de una **cláusula** cuyo conocimiento es requisito previo al consentimiento y es requisito necesario para su incorporación al contrato ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes. Finalmente, su conceptualización como condición general de la contratación, no excluye el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial ( requisito de la transparencia de la **cláusula**, sobre el que es preciso volver para resolver el recurso, en aplicación de la doctrina de la repetida STS 9/5/2013 ) se plantea, ahora llegados al punto de conceptualizar a la "**cláusula suelo**" como condición general de la contratación, si puede estar sometida o no al control de abusividad, dado que, pese a su naturaleza de " condición general de la contratación", según la STS 9/5/2013 , forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario; definen el objeto principal del contrato, y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial.

El T.S. declara que el hecho de que una **cláusula** sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo o no.

La regla general es la de no sujeción al control de abusividad, pues la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5/4/1993, sobre **cláusulas** abusivas en contratos celebrados con consumidores, indica que la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a **cláusulas** que describan el objeto principal del contrato siempre que dichas **cláusulas** se redacten de manera clara, y comprensible ni a la relación calidad /precio de la mercancía o de la prestación; sin embargo, en la Sentencia del T.J.U.E. de 3 de junio de 2010 , se reconoció la posibilidad de que la normativa nacional autorice el control jurisdiccional de las **cláusulas** que definen el objeto principal del contrato, aunque esta **cláusulas** este redactada de manera clara y comprensible dado que no se puede impedir a los Estados miembros que mantenga o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva 93/13, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

Esa posibilidad de control de contenido de condiciones generales de **cláusulas** referidas al objeto principal del contrato, fue admitida en SSTs. 1/7/2010 ; 4/11/2010 ; 29/12/2010 ; aunque la posterior STS de 18/6/2012 , vino a sostener una postura contraria, al decir que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la **cláusula** , no se extiende al objeto principal del contrato.

Como conclusión , la STS de 9/5/2013 declaraba que las **cláusulas suelo**, que son condición general, que describen y definen el objeto principal del contrato, no están sujetas al control de abusividad, como regla general, pero sí están sometidas a un doble control de transparencia, como después se verá.

QUINTO.- Argumenta, así mismo, el Apelante que la "**cláusula suelo**" es abusiva ex art. 82 de la LGDCU , pues en su opinión, no sólo ya es que exista una clara falta de proporcionalidad dentro la "**cláusula** techo" (12%) y la "**cláusula suelo**" (4,5 %), sino que, además, esa desproporción es tal que, establecer un tipo de interés mínimo en un porcentaje que se aplica en la práctica de forma efectiva, por su proximidad a la evolución del Euribor y, sin embargo, fijar un tipo de interés máximo que en la práctica es irreal pues, al ser tan elevado, no se va a producir, equivale a un fraude de ley, al hacer ver como que se cumple con la legalidad, cuando malamente , de haber conocido el consumidor, la verdadera naturaleza, funcionamiento y riesgos de la "**cláusula suelo**" , a buen seguro, hubiera optado por un préstamo a tipo fijo.

En definitiva, dice el apelante, en este caso, existe una evidente desproporción entre los derechos y obligaciones de las partes que, con arreglo a los artículos 82.3 y 85 a 90 de la citada LGDCU , debería conducir a la anulación de tal **cláusula**. Y existe, también, una infracción de la buena fe como canón de lealtad, rectitud y honestidad, que la Entidad financiera demandada vulnera cuando resulta que se establece una **cláusula suelo** con voluntad de que entre en funcionamiento y sabe que así va a ser y, al propio tiempo, establece de manera desleal y deshonestamente, una **cláusula** techo supuestamente beneficiosa para el consumidor, pero que es totalmente irreal e impensable que surta efectos en el entorno continental en que nos encontramos.

Por todo ello, dice el recurrente, se trataría de una **cláusula** abusiva por contraria a la buena fe.

SEXTO.- Hay que partir del hecho probado en cuanto que asumido por el demandante/apelante, ya desde el propio escrito de demanda, consistente en que la "**cláusula suelo**" hoy impugnada, no se insertó desde el primer momento, en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que ya firmaran la Caja de Ahorros de Extremadura y el Sr. Bernabe , allá por el año 2003( el 4 de diciembre, para más exactitud), sino que esa **cláusula**, se introdujo con motivo de la escritura novación y ampliación de préstamo, otorgada el 24 de mayo



de 2007, en que, precisamente el objeto de la novación afectaba precisamente al tipo de interés, para introducir un tipo variable, en lugar del tipo fijo inicialmente pactado en 2003; pues bien, teniendo ello en cuenta, puede decirse que, en el contrato préstamo examinado, existió una posibilidad de negociación efectiva, no meramente ilusoria o quimérica,; lo cual unido a que las prevenciones de la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1994, reguladores del " iter negocial de la contratación " y su observancia garantizaban la transparencia y aseguraban que el proceso de formación de la voluntad del consumidor prestatario se desarrolló libremente de tal forma que la " **cláusula suelo** " se suscribió con el adecuado conocimiento y con total información, o al menos, no se ha demostrado lo contrario porque el demandante no aportó con su demanda el texto completo de la escritura pública de mayo de 2007, sino una copia incompleta y desordenada; no habiendo tampoco aportado la escritura pública de 4-12-2003.

Desde otro punto de vista, no puede, tampoco, olvidarse que las **cláusulas suelo** de los préstamos hipotecarios están admitidas en diversas disposiciones, en concreto, a) O.M. de 12/12/1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, modificada por la O.M. de 12/6/2010, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, dictada en desarrollo de la ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e intervención de entidades de Crédito; b) la O.M. de 5/5/1994, ya antes citada, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, modificada por las OO.MM. de 27/10/1995; 1-12-1999; y 28/10/2011; c) la ley 2/2009, de 31 de marzo, de contratación de Préstamos Hipotecarios con particulares; y d) en el ámbito Europeo, la propuesta de Directiva 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo, y del Consejo, sobre contratos de crédito sobre bienes inmuebles de uso residencial que admite la legalidad y validez de cualquier modalidad de este tipo de **cláusulas**.

Ahora bien, como dice la S.T.S. 9/5/2013 , en relación a las **cláusulas suelo**, esa normativa sectorial, viene a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de aquellas a los contratos e préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de **cláusulas suelo**, ni, en defecto de pacto, supone su existencia, ni , finalmente, indica los términos en los que la **cláusula** viene expresada en el contrato. Y concluye, el T.S. diciendo 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 préstamos hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la ley de condiciones generales de contratación sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis; o sea, que puede entrarse a dilucidar si existe abusividad por implicar infracción de la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones; y una vez, entrado en ello como ya antes se dijo, no es posible examinar la abusividad del contenido de la " **cláusula suelo** ", porque es un condición general que define el objeto principal del contrato, por lo que, con arreglo a la Directiva 93/13, " la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a **cláusula** que describen el objeto principal del contrato, ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación"; y el art. 4.2 de la Directiva : << la apreciación del carácter abusivo de las **cláusulas** no se referiría 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".

Pero, como antes se apuntó, conforme a la STS 9/5/2013 , la **cláusula** solo está sujeta a un doble control de transparencia: si la información que se facilita y en los términos en los que se facilita cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de celebración del contrato y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles ( Arts. 5.5. y 7 de la LCGC: La redacción de las **cláusulas** generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concisión y sencillez; no pudiendo quedar incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no hubiera tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración ni las ilegibles, ambiguas oscuras e incomprensibles.

En principio, la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la O.M. de 5/5/1994, 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, pero si las **cláusulas** referidas a la definición del objeto principal del contrato, no están redactados de manera clara y comprensible si pueden ser sometidas al control de abusividad, pues el art. 80.1 del texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios ( Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) dice que, en los contratos con consumidores y usuarios, las **cláusulas** no negociadas individualmente deben cumplir estos requisitos: a) concreción, claridad, sencillez en la redacción; b) accesibilidad y legibilidad. El control de transparencia, como parámetros abstracto de validez de la **cláusula** predispuesta, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, como la carga jurídica, 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 ( STS 18/6/2012 ).

SEPTIMO.- En el supuesto examinado, sí ha superado la **cláusula suelo** impugnada aquel doble control de transparencia aludido, de modo y manera que puede decirse que es una **cláusula** lícita pues su transparencia ha permitido al consumidor identificar la **cláusula** como definidora del objeto principal del contrato y la variabilidad de los tipos. En el supuesto enjuiciado, por otra parte, precisamente por tratarse de una "**cláusula suelo**" introducida, no "ab initio", al momento del otorgamiento del préstamo con garantía hipotecaria, sino posteriormente, cuando ya el contrato llevaba un plazo de más de tres años de vigencia, cuando, a instancias del prestatario, según así se hace constar expresamente en la propia escritura de novación de mayo de 2007, es el momento en que se produce la modificación del tipo de interés ordinario del préstamo para los vencimientos posteriores al 4 de agosto de 2007; precisamente por esto, decíamos, cabe concluir que el prestatario estaba informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo ( no se explica, en otro caso, su solicitud, a la caja, de Modificación del tipo originario del préstamo), de tal forma que, cuando el **suelo** estipulado lo hiciera previsible, estaría 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 harían de forma imperceptible en su beneficio. De hecho, el prestatario declaró, en escritura notarial de novación y ampliación, que " las partes contratantes expresamente reconocen y declaran haber cono ido, negociado y aceptado íntegramente cuantas **cláusulas** y condiciones generales de contratación y de cualquier otra índole, aparecen incorporadas contractualmente, en la presente escritura".

OCTAVO.- En otro orden de cosas, la desproporción entre techo y **suelo** a que tanta importancia da el apelante, no es relevante a los efectos interesados, porque, como declara el TS ( S. 9/5/2013 ) no es preciso que exista equilibrio económico o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los tipos señalados como **suelo** y techo, porque 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. En el supuesto enjuiciado, aunque la copia de la escritura de novación y ampliación de 24/5/2007 aparece aportada por el actor/ apelante, de manera incompleta y desordenada, sin embargo no consta que la determinación de la **cláusula** de novación del tipo de interés estuviera ubicada entre otras **cláusulas** profusas y confusas. Correspondía al actor la prueba del desequilibrio concreto sufrido, no bastando con alegar la diferencia existente entre tipo mínimo y tipo máximo, No existe criterio alguno para valorar si durante el tiempo de duración del préstamo -35 años- se podría superar o no el tope máximo. La legislación permite que se establezcan limitaciones a la variabilidad de los tipos, pues persigue una finalidad legítima cual es reducir el riesgo de la contingencia de las subidas y bajadas. Finalmente, no puede olvidarse que el equilibrio al que se refiere el art. 82.1 de la Ley de Consumidores y Usurarios , es un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, un equilibrio del contenido obligacional, no del alcance económico de las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato.

En definitiva, pues, en una **cláusula** referida al objeto principal del contrato que no puede calificarse como abusiva por tratarse de una **cláusula** clara que responde a los parámetros de transparencia que ya se han descrito.

La condena, pedida por el demandante, de que la Entidad financiera demandada cese en el uso de la **cláusula suelo** de su contrato, y la elimine por abusiva, no puede pronunciarse, no sólo ya porque este tipo de **cláusulas** son lícitas, sino porque, en el caso examinado, no concurre falta de transparencia, pues es un **cláusulas** que, tal como aparece redactada en la escritura de novación modificativa, no es oscura, y la información que se proporciona en ella es suficiente y comprensible, no habiéndose alegado ni probado por el demandante, que el comercial de la Entidad Financiera con el que negoció la escritura de novación, le hubiera proporcionado, antes de la firma de la escritura de mayo de 2007, un información deficiente, incompleta o poco clara. Y tampoco consta ni lo ha alegado el recurrente, que la entidad Financiera hubiera incumplido las exigencias reglamentaria de información impuestas por el O.M. de 575/1994. Como dice la sentencia de 9/9/2013 , 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, falta de transparencia que no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información, acerca de que se trataba de un elementos definitorio del objeto principal del contrato. Pues bien, como quiera que, en el supuesto ahora enjuiciado, como ya antes se dijo, por las circunstancias particulares de este supuesto, en que la **cláusula suelo** se introdujo en un momento posterior, a solicitud del actor, en una negociación para novación de algunas condiciones del prestan hipotecario inicialmente concertadas, en concreto, tipo de interés, ampliación y cuantía, es por estas razones que , sino ha existido, en este caso, falta de transparencia, es por lo que no podemos aquí aplicas la declaración que la sentencia del T.S. de 9/5/2013 ,hace de nulidad de **cláusulas suelo** empleadas, para los préstamos hipotecarios con consumidores, otorgados por BBVA, Cajas Rurales



Reunidas , SCC y NCG Banco, S.A.U. Además, como en el apartado 300 de la repetida sentencia 9/5/2013 , puede leerse: " ..... la demandante.... No interesó su eficacia ultrapartes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las **cláusulas** cuando afecta a la suficiencia de la información nos obliga a ceñirlos a los que oferten en sus contratos **cláusulas** idénticas a las declaradas nulas cuando no se hallen completados por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos". Por tanto, no podemos, dada esa inexistencia de proyección erga omnes, transplantar a nuestra resolución la nulidad que se declara de las **cláusulas suelo** empleadas por otras Entidades de Crédito.

NOVENO.- La desestimación del recurso conlleva no obstante la no imposición de costas, habida cuenta la naturaleza, estrictamente jurídica de la cuestión debatida ( arts. 398 en relación con el 394 1º LEC ).

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de SM. el Rey,

#### FALLAMOS :

QUE DESESTIMANCO COMO DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACION deducido por la representación procesal de D. Bernabe , contra la sentencia nº 1/2013, de 8 de enero dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Badajoz, en el Juicio Ordinario 139/2012, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS, INTEGRAMENTE dicha resolución, sin imposición de costas.

Con la notificación de esta resolución, las partes personadas quedan advertidas de que contra todos los Autos no definitivos pueden interponer recurso de Reposición ante el Tribunal que lo dictó ( art. 451 LEC ). Y contra las Sentencias pueden interponer recurso de Casación dictadas en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil, cuando:

1º Se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la constitución .

2º La cuantía del asunto excediese de 150.000 euros.

3º La resolución del recurso presente interés casacional ( Artículos 466 y 477 de la LEC ).

Respecto del recurso por Infracción Procesal, si la infracción procesal o vulneración del artículo 24 de la Constitución haya sido denunciada en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se produzca en la segunda instancia. Y siempre que, en la instancia o instancias oportunas, se hubiere pedido la subsanación de la violación del derecho fundamental, cuando se hubiere producido falta o efecto subsanable.

1º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.

2º Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia.

3º Infracción de las normas legales que rige los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiera podido producir indefensión.

4º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución ( arts. 468 y 469 de la LCE).

Igualmente quedan advertidas de que, deberán acreditar al preparar el recurso haber constituido previamente el depósito legal de 50 euros.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.