



Roj: **SAP CC 457/2013 - ECLI:ES:APCC:2013:457**

Id Cendoj: **10037370012013100151**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **18/06/2013**

Nº de Recurso: **221/2013**

Nº de Resolución: **162/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA TERESA VAZQUEZ PIZARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00162/2013

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 0022778

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000221 /2013

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

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000738 /2012

Apelante: CAJA EXTREMADURA

Procurador: MARIA DEL PILAR SIMON ACOSTA

Abogado: CARLOS RUBIO VALLINA

Apelado: Casimiro

Procurador: ANA ISABEL ARROYO FERNANDEZ

Abogado: PABLO PEREZ BELAMAN

S E N T E N C I A NÚM.- 162/2013

Ilmos. Sres. =

PRESIDENTE: =

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS: =

DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =

DOÑA MARÍA TERESA VÁZQUEZ PIZARRO =

Rollo de Apelación núm.- 221/2013 =



Autos núm.- 738/2012 =

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

=====

En la Ciudad de Cáceres a dieciocho de Junio 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.- 738/2012, del Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres, siendo parte apelante, el demandado **LIBERBANK, S.A.** representado en la instancia y en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Simón Acosta**, defendido por el Letrado Sr. **Rubio Vallina**, y como parte apelada, el demandante, **DON Casimiro**, representado en la instancia y en la presente alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Arroyo Fernández**, y defendido por el Letrado Sr. **Pérez Belaman**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.-1 y de lo Mercantil de Cáceres, en los Autos núm. 738/2012, con fecha 15 de Marzo de 2013, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Estimo la demanda interpuesta por la procuradora Dª Ana Isabel Arroyo Fernández en nombre de D. Casimiro contra Liberbank SA representada por la procuradora Dª Pilar Simón Acosta y, en consecuencia:

A) Declaro la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 2,650 % y un 12% de máximo.

B) Condeno a la entidad demandada a la devolución de las cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de dicha **cláusula** nula con sus intereses legales desde la demanda.

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

SEGUNDO .- Frente a la anterior resolución y por la representación del demandado, 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 **14 de Junio 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 la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑA MARÍA TERESA VÁZQUEZ PIZARRO** .

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación frente a la sentencia que declara nula por **abusiva** la **cláusula** del contrato de préstamo hipotecario suscrito por Don Casimiro y la entidad CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE EXTREMADURA (LIBERBANK) que establece un límite mínimo a la variabilidad del tipo de interés del 2,650% anual, y condena a la demandada a devolver las cantidades cobradas con arreglo a dicha **cláusula** y que se reclaman en la demanda para cada uno de los actores.

Sostiene la recurrente que conforme a la doctrina del Tribunal Supremo no puede entrar a enjuiciarse la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato, y por tanto, a valorar la posible abusividad del interés convenio. Los pactos de limitación de los intereses variables no son una condición general pues deben estar incluidos en la oferta vinculante que la entidad debe hacer al prestatario de conformidad con la OM de 5 de mayo de 1994, y una vez aceptada la oferta se incorporan al contrato siendo el precio del mismo. Son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo y el máximo que abonará. Fijan por tanto



el marco de fluctuación del precio en el que se ha pactado un interés variable. Como se trata de una de las condiciones esenciales del contrato, el precio o interés mínimo que debe pagar el prestatario durante toda la vida del préstamo, su aceptación es libre y voluntaria, previo examen, análisis y estudio de la preceptiva oferta vinculante que se hace al consumidor para que pueda contrastarla con otras ofertas existentes en el mercado. Esta oferta debe hacerse con las condiciones de claridad y transparencia garantizadas en la OM citada.

La concertación de préstamos hipotecarios con o sin límites a la variabilidad de interés que ofrecen las entidades, la gran competencia existente entre entidades financieras de crédito, la transparencia de las condiciones financieras exigida por la normativa vigente, e incluso, la posibilidad de novar la hipoteca mediante la subrogación de otra entidad financiera, conforme a la Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, garantizan que la aceptación del pacto de limitación es fruto de la libre y voluntaria decisión del prestatario que las consiente libremente al suscribir el contrato de préstamo sin imposición alguna.

Los pactos de limitación de la variabilidad no son contrarios a la buena fe, pues se han suscrito siguiendo el iter negocial establecido en la regulación sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos. El solicitante ha recibido toda la información y estos pactos son totalmente legales al estar contemplados en la normativa sobre transparencia de la OM de 5 de mayo de 1994.

En cuanto a la falta de reciprocidad, que es el motivo por el que se declara **abusiva** y nula la **cláusula** objeto de este pleito, se dice que las **cláusulas** limitativas producen desequilibrio entre los derechos y obligaciones derivados del contrato por la falta de relación de equivalencia o semejanza entre la limitación a la baja y la limitación al alza. Cuando la Ley de Consumidores y Usuarios se refiere a la falta de reciprocidad en el contrato, se está refiriendo a la falta de reciprocidad obligacional. Como el contrato de préstamo es un contrato real y unilateral, sólo el prestatario asume obligaciones que son las de devolver el dinero y pagar los intereses convenidos en el tiempo y plazos estipulados. Si el prestatario acepta que el precio de esa contraprestación sea variable, está aceptando la mutabilidad al alza y a la baja que se produzca durante la vida del contrato. La introducción de límites a la variabilidad no es un pacto que se corresponda con otra contraprestación de la entidad prestamista, cuya única obligación es la de entregar el dinero al prestatario. Por ello, no se puede hablar de desequilibrio. Además, el juez a quo sostiene que el techo es irrealizable, calificando como hecho notorio la existencia de un desfase entre el límite que se fijan las **cláusulas suelo** y las establecidas en las **cláusulas** techo. La doctrina jurisprudencial en torno a la notoriedad, exige rotundidad, generalización y carácter absoluto, inexistente en este caso.

SEGUNDO.- Las cuestiones planteadas en el recurso de apelación en relación a la **cláusula** impugnada, conocida como **cláusula suelo**, han sido resueltas por el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013. Como veremos a continuación, esta resolución ha declarado que las **cláusulas suelo** son lícitas y, por afectar a un elemento esencial del contrato de préstamo, no pueden ser declaradas nulas por falta de equilibrio con las **cláusulas** techo que se hayan podido incluir como límite superior a las variaciones del tipo de interés. Estas **cláusulas** predispuestas y utilizadas en una pluralidad de contratos, constituyen condiciones generales de la contratación, que para ser válidas requieren cumplir unos requisitos imprescindibles para su inclusión en el contrato y unos requisitos de transparencia que garanticen el real conocimiento por el deudor de su existencia y de los efectos y trascendencia que tienen en el precio del contrato, imponiéndose al banco un deber de diligencia más exigente en la contratación de estas **cláusulas** con los consumidores.

Las **cláusulas** que se impugnaban en el asunto resuelto por el Alto Tribunal eran idénticas a las que se enjuician en el presente caso. En todos los contratos de préstamo hipotecario impugnados, que fueron suscritos por los actores con la entidad demandada, se pacta un tipo de interés variable y después de definirse cuál es este tipo de interés y el índice de referencia, se establecen unos límites mínimo y máximo a la variación del tipo de interés.

TERCERO.- El Tribunal Supremo ha declarado que las **cláusulas** que limitan la variación del tipo de interés, que se enjuician en el presente caso constituyen una condición general de la contratación, impuestas por el empresario al consumidor, y que se refieren a uno de los elementos esenciales del contrato: el precio.

"136. El apartado 1 del artículo 1 LCGC dispone que"[s]on condiciones generales de la contratación las **cláusulas** predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

137. La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:



- a) Contractualidad: se trata de "**cláusulas** contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la **cláusula** ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la **cláusula**.
- d) Generalidad: las **cláusulas** deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

138. De otro lado, para que una **cláusula** contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

- a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y
- b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

2.2. Las condiciones generales sobre elementos esenciales de los contratos.

139. Los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado de negociación conlleva - con el correlativo encarecimiento del producto o servicio que al final repercute en el precio que paga el consumidor o usuario-, unido al elevado volumen de operaciones que se realizan en el desarrollo de determinadas actividades negociales, fue determinante de que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, califica como "un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico".

140. El insatisfactorio 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 de acuerdo con este modo de contratar, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, declarada en la EM de la LCGC, de restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones ya que "[l]a 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".

"141. Pese a todo, la aplicación de las reglas de reequilibrio contenidas en la LCGC no se extiende a todo tipo de contratos, ya que, como afirma la referida Exposición de Motivos"[d]esde el punto de vista objetivo se excluyen ciertos contratos que por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienidad de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley". Pero si se trata de contratos sujetos a la norma especial, a diferencia de otros ordenamientos, no se excluyen aquellas **cláusulas** o condiciones definitorias del "objeto principal", por lo que no hay base para el planteamiento alternativo que hace la sentencia recurrida".

"142. 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 es determinar cuál 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, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro,



la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces "los legítimos intereses económicos de los mismos".

"143. Sin perjuicio de lo que se dirá al analizar la transparencia de las **cláusulas**, no podemos compartir la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una **cláusula** e imposición de la misma. El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una **cláusula** indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC -"[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes [...]"-como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual "[l]as condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo".

"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".

Además, establece el Tribunal 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.

166. Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de **cláusulas** o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 , se trata de un fenómeno que comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004 , que "la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad".

Por último, en relación a la posibilidad de control de las condiciones generales en sectores regulados, establece 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".

CUARTO.- En cuanto al control de dichas condiciones generales, el Tribunal establece: "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".

Por un lado, debe hacerse un control de su inclusión en el contrato: "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".

Por otro, un control de transparencia: "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".

Este control de transparencia lo concreta el Tribunal del siguiente modo: "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".

Por último, en relación al carácter abusivo o no de dichas **cláusulas**, el Tribunal señala que "229. Que una **cláusula** sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a **cláusulas** que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad -este control sí es posible en el caso de **cláusulas** claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor".

"256. 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.

257. No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como **suelo** y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

258. Más aun, son lícitas incluso las **cláusulas suelo** que no coexisten con **cláusulas** techo y, de hecho, la oferta de **cláusulas suelo** y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del **suelo**.

259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en **cláusulas** con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso..."

"...Para valorar el equilibrio de las **cláusulas suelo** carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el IBE "[...] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente



índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes".

264. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las **cláusulas** techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las **cláusulas** transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una **cláusula suelo** previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza".

QUINTO.- Aplicando la anterior doctrina el supuesto concreto, y a la luz de la prueba documental practicada, las **cláusulas suelo** contenidas en los contratos suscritos por los actores con la entidad CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA, hoy LIBERBANK, S.A., 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.

SEXTO.- La sentencia de primera instancia condena a la entidad demandada a devolver a los actores las cantidades cobradas en virtud de la **cláusula** declarada nula. Este pronunciamiento debe ser revocado a la luz de la doctrina establecida en la resolución citada, que dice:

"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.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

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.

i) Igualmente según el expresado informe, las **cláusulas** se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.



k) 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.

2.4. Conclusiones.

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".

SÉPTIMO.- 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 LIBERBANK, S.A. contra la sentencia número 40/2013, de fecha quince de marzo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cáceres en autos número 738/12, de los que éste rollo dimana, y en su virtud, **REVOCAMOS PARCIALMENTE** expresada resolución, declarando nulas las **cláusulas suelo** impugnadas por falta de transparencia en la negociación, sin que la entidad demandada deba restituir las cantidades que haya cobrado en virtud de dichas **cláusulas**. No se hace 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.