

Roj: SAP CC 769/2013
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Cáceres
Sección: 1
Nº de Recurso: 396/2013
Nº de Resolución: 292/2013
Fecha de Resolución: 05/11/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA TERESA VAZQUEZ PIZARRO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

Encabezamiento

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00292/2013

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 0023123

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000396 /2013

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

Procedimiento de **origen:** ORDINARIO
CONTRATACION-249.1.5 0000781 /2012

Apelante: LIBERBANK

Procurador: MARIA DEL PILAR SIMON ACOSTA

Abogado: CARLOS RUBIO VALLINA

AREVALO

Apelado: Victoria

Procurador: MARIA VANESA RAMIREZ CARDENAS FERNANDEZ DE

Abogado: JUAN LUIS PICADO DOMINGUEZ

S E N T E N C I A NÚM.- 292/2013

Ilmos. Sres. =

PRESIDENTE: =

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS: =

DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =

DOÑA MARÍA TERESA VÁZQUEZ PIZARRO =

____=

Rollo de Apelación núm.- 396/2013 =

Autos núm.- 781/2012 =

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

=====

En la Ciudad de Cáceres a cinco de Noviembre 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.- 781/2012, del Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres, siendo parte apelante, la demandada **LIBERBANK, S.A.**, representada en la instancia y en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Simón Acosta**, y defendida por el Letrado Sr. **Rubio Vallina**, y como parte apelada, la demandante, **DOÑA Victoria**, representada en la instancia y en la presente alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Ramírez Cárdenas Fernández de Arévalo**, y defendida por el Letrado Sr. **Picado Domínguez**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.-1 y de lo Mercantil de Cáceres en los Autos núm.- 781/2012, con fecha *1 de Julio de 2013*, se dictó *sentencia* cuyaparte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Estimo la demanda presentada a instancias de Dª María Vanesa Ramírez Cárdenas Fernández de Arévalo en nombre de Victoria contra Liberbank, SA, representado por la procuradora Dª María del Pilar Simón Acosta y, en consecuencia:

A) DECLARO la nulidad de la cláusula inserta en el documento de modificación de tipo de interés suscrito en fecha 2 de junio de 2010 (documento 5 de la demanda).

B) CONDENO a la parte demandada a devolver a la demandante la cantidad de 660,44 euros, cobrada de más a fecha 24/10/2012 por aplicación de la cláusula impugnada, con los intereses legales desde la fecha del cobro. Condeno además a reintegrar al demandante todas las cantidades que indebidamente reciba la entidad durante la sustanciación del procedimiento.

C) CONDENO a la entidad demandada a recalcular y rehacer el cuadro de amortización excluyendo la cláusula impugnada, que regirá en lo sucesivo, contabilizando el capital que debió ser amortizado cuya cuantía asciende a octubre de 2012 a los 377,53 euros.

D) Se condene a la entidad demandada a abonar el interés del *art. 576 de la LEC*.

Se imponen las costas de este proceso a la parte demandada..."

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

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

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

QUINTO.- Recibidos los Autos y el Rollo de Apelación en esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, se procedió a turnar de ponencia; y no habiéndose propuesto prueba por ninguna de ellas, ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día **28 de Octubre 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 la cláusula inserta en el documento de modificación del tipo de interés suscrito en fecha 2 de junio de 2010 por las partes de este procedimiento, condenando a la demandada LIBERBANK, S.A. a devolver a la Doña Victoria la cantidad cobrada de más a fecha de 24 de octubre de 2012 por aplicación de la cláusula impugnada, y a recalcular y rehacer el cuadro de amortización del préstamo excluyendo la cláusula impugnada.

El recurso se fundamenta en varios motivos. En primer lugar, la recurrente sostiene que en el caso concreto al que se refiere este procedimiento no puede declararse la nulidad de la [cláusula suelo](#) ya que la demandante, Doña Victoria, formaliza el 24 de febrero de 2010 escritura de compraventa y subrogación en el préstamo suscrito por la promotora de la vivienda que adquiere, en el que se recoge una [cláusula suelo](#) para el promotor pero no para los compradores, y el día 2 de junio de 2010 acepta una novación en la que se introduce un tipo inicial hasta el 24 de febrero de 2011 y se introduce un interés mínimo del 3%.

Conforme a la doctrina del *Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 9 de mayo de 2013* y en el Auto aclaratorio, se debe concluir que en el caso de autos ha habido transparencia al pactarse la limitación de los tipos de interés. Así, la novación firmada en junio de 2010, al contrario de lo recogido en la sentencia, fue formalizada a instancia del actor, y ello es lógico. La compra y la subrogación en el préstamo se efectúa en febrero de 2010, y el interés que se aplicaba era el del 1,228% en esos momentos. La actora solicita revisar sus intereses y negocia con la entidad para que se le aplicara un interés fijo inferior durante los ocho meses siguientes, y a partir de esa fecha, un interés variable pero con la limitación del 3%. De esto se deduce que hubo una negociación efectiva y no meramente ilusoria o quimérica, formándose libremente la voluntad del consumidor que conoció la [cláusula suelo](#). No hay error alguno, el actor formalizó la novación de forma libre y en pleno ejercicio de sus facultades, sabiendo lo que firmaba.

Además, se alega la incongruencia extra petita al declarar nulo el acuerdo modificativo del préstamo suscrito entre las partes, sin que tal nulidad hubiera sido alegada en el proceso por la parte actora, lo que supone infracción de lo establecido en el *artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y del derecho a la no indefensión que contempla el *artículo 24.1 de la Constitución*. En este procedimiento no se ha planteado la nulidad del contrato por aplicación del *artículo 1261 CC*, y la sentencia declara la nulidad del contrato de novación y por ende de la [cláusula suelo](#) contenida en el mismo, nulidad que no se había invocado en la demanda. La declaración de nulidad del contrato no sólo conlleva la eliminación de la [cláusula suelo](#), sino también la eliminación del tipo fijo establecido hasta febrero de 2011 en el 1,978%, lo que supone la reliquidación del préstamo y unos intereses más altos que los convenidos en la novación a aplicar desde junio de 2010.

Por último, se plantea el carácter irretroactivo de la nulidad pretendida en base a lo resuelto por el Alto Tribunal en la sentencia citada, debiendo ser revocada la condena a devolver la cantidad de dinero que se dice fue indebidamente cobrada por aplicación de la cláusula nula y la condena a rehacer el cuadro de amortización.

SEGUNDO.- En primer lugar, debe resolverse la si la sentencia ha incurrido o no en incongruencia como pretende la parte apelante. A tal efecto ha de tenerse en cuenta la doctrina del *Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 26 de julio de 2012, ROJ: STS 6460/2012*, que señala que "En relación con el vicio de incongruencia alegada por la parte recurrente, y conforme a lo declarado en la *Sentencia de 18 de mayo de 2012, nº 294/2012* debe señalarse que: "Constituye doctrina de esta Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (*STS de 14 de abril de 2011, ROJ 2898, 2011*). El juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva - dictum- y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, la - causa de pedir-, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio -petitum- o pretensión solicitada. (ST de 13 de junio de 2005, RJ 2005, 5462) De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (*SSTS de 30 de marzo de 1988, RJ 1988, 2572y 20 de diciembre de 1989, RJ 1989, 8846*). En parecidos términos, cabe señalar que esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se de la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte. (*STS de 4 de octubre de 1993, RJ 1993, 7454*). En esta línea, y en términos generales, también hay que señalar que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruencia por entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito, salvo casos especiales (*SSTS de 10 de diciembre de 2004 RJ 2004, 7876y 5 de febrero de 2009RJ 2009, 1366*). Con lo que la incongruencia extra petita (fuera de lo pedido), en relación con el principio de iura novit curia, se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones (*SSTS de 6 de octubre de 1988 RJ 1988, 753y 1 de octubre de 2010RJ 2010, 7303*)".

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede estimarse el motivo de apelación, pues la sentencia no ha declarado la nulidad del acuerdo de novación del contrato de préstamo, sino sólo la de la cláusula que establece una limitación a la variación del tipo mínimo de interés. En la demanda origen del procedimiento se impugna la cláusula inserta en el documento de modificación del tipo de interés suscrito el 2 de junio de 2010, deduciéndose de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de la demanda que lo que se está impugnando es la [cláusula suelo](#) del 3% contenida en el acuerdo de modificación. No es cierto que se esté

pretendiendo la nulidad del acuerdo mismo y en su integridad. En ningún momento en la demanda se hacía referencia a la nulidad del contrato por vicio de consentimiento, sino que siempre se ha pretendido la declaración de nulidad de la [cláusula suelo](#) por considerarla abusiva y en aplicación de las normas que protegen los intereses de los consumidores y usuarios en la negociación de contratos con condiciones generales.

TERCERO.- 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* que establece que este tipo de 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 la que se enjuicia en el presente caso, pues en el contrato de préstamo hipotecario impugnado 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.

Así, resulta acreditado por la prueba practicada que la demandante por escritura pública de 24 de febrero de 2010, adquirió una vivienda con subrogación en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por la entidad promotora con CAJA EXTREMADURA, en el que se establecía como condiciones mínimas del préstamo en caso de adquisición por un consumidor de alguna de las vivienda hipotecadas: 30 años de amortización como máximo, un tipo de interés del Euribor Año Reuters más un diferencial del 0,75%. Posteriormente, el 2 de junio de 2010, las partes firmaron un acuerdo de modificación de tipos de interés, en el que se añade una [cláusula suelo](#) que limita la variación del tipo de interés de forma que el tipo mínimo sea del 3%.

CUARTO.- En la sentencia citada, 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".

QUINTO.- 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".

SEXTO.- En el Auto de aclaración de dicha *sentencia, de fecha 3 de junio de 2013*, el Tribunal expresa que:

10. La sentencia proclama la licitud de las cláusulas suelo condicionada a que se observe la especial transparencia exigible en las cláusulas no negociadas individualmente que regulan los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores.

11. El apartado séptimo del fallo, identificó seis motivos diferentes cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes.

12. 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, ni determina que la presencia aislada de alguna o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo.

13. También se deduce con claridad que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible y, aunque es susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios: a) para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real; y b) hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas.

14. La referencia a los préstamos formalizados sobre la base de ofertas realizadas y negociadas con instituciones privadas de carácter asociativo contenida en el escrito de aclaración, en la que se insinúa que la doctrina de la Sala no es aplicable a tales supuestos, excede con mucho del limitado ámbito que

para la aclaración señala el *artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ya que se trata de una cuestión que no ha sido decidida en la sentencia cuya aclaración se suplica.

17. La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito.

18. El hecho de que circunstancialmente pueda resultar beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo, no la convierte en transparente, ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor, ya que, como hemos indicado, la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia.

19. Aunque lo expuesto se desprende con claridad de la sentencia, por razones prácticas, a fin de evitar cualquier posible equívoco, procede aclarar el extremo séptimo del fallo en el sentido de que la nulidad de la [cláusula suelo](#) no queda subsanada por el hecho de que el consumidor se haya visto beneficiado durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia.

SÉPTIMO.- En relación con la supuesta negociación de la cláusula y conocimiento de la misma por el consumidor al pactarse la novación del contrato, debe destacarse que dicha modificación no cumple ninguno de los requisitos de transparencia exigidos por el Alto Tribunal, dado que la "[cláusula suelo](#)" se introdujo en un documento modelo, redactado unilateralmente por el banco, firmado entre los prestatarios y la entidad sin que interviniera notario alguno. Falta por tanto todo control en la negociación de dicha cláusula. Pero, además, lo relevante para que se declarara su validez es acreditar que el consumidor tuvo perfecto y claro conocimiento de la cláusula y de sus efectos y trascendencia en el contrato. Para ello, el Tribunal Supremo ha establecido y concretado unos requisitos y exigencias que no se han cumplido en este caso.

Existe, incuestionablemente, una clara carencia, informativa y comprensiva, en dichos documentos, hasta el extremo de que la modificación del suelo es una imposición de la entidad financiera que no obedece a negociación de tipo alguno y, por tanto, carece de transparencia. Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, estas cláusulas limitativas sólo son lícitas si su transparencia permite al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal y conocer el real reparto de riesgos derivado de la variabilidad de los tipos, es decir, que esté informado de que en realidad 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, porque los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia da cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustra las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable, convirtiendo el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza. Por todo ello, para garantizar la transparencia, debe poder llegarse a concluir que el

consumidor ha tenido la información suficiente para adoptar una decisión racional al elegir la oferta realizada por el banco. En este caso, no puede considerarse acreditado que el consumidor tuviera pleno conocimiento de la trascendencia de la cláusula de limitación de los tipos de interés, tal y como se exige en la sentencia citada del Tribunal Supremo.

OCTAVO.- Respecto a los efectos que deba producir dicho pronunciamiento debe estimarse el recurso. 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. El Pleno del Tribunal Supremo ha establecido doctrina al respecto, estableciendo que la declaración de nulidad de la condición general que limita la variación de los tipos de interés a la baja no puede suponer la devolución de todas las cantidades percibidas por la entidad bancaria como consecuencia de su aplicación ni puede establecerse la obligación de recalcular el cuadro de amortización a una fecha anterior a la de la sentencia.

"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".

Esta posibilidad de limitar los efectos de la nulidad se contempla de forma excepcional, atendidas las circunstancias que resalta el Tribunal, aplicando el principio de seguridad jurídica conforme ha establecido el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 21 de marzo de 2013*, en la que atendiendo a los criterios de buena fe del círculo de interesados y el riesgo de trastornos graves, justifica la limitación.

NOVENO.- 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

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de LIBERBANK, S.A. contra la *sentencia número 102/2013, de fecha uno de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cáceres* en autos número 781/2012, de los que éste rollo dimana, y en su virtud, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE expresada resolución, desestimando las pretensiones ejercitadas en relación a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula anulada y al establecimiento de un nuevo cuadro de amortización anterior a la fecha de esta resolución. 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.