



Roj: SAP CC 650/2013
Id Cendoj: 10037370012013100232
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Cáceres
Sección: 1
Nº de Recurso: 374/2013
Nº de Resolución: 242/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ANTONIO MARIA GONZALEZ FLORIANO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00242/2013

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de CACERES

1290A0

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 927620309 Fax: 927620315

N.I.G. 10037 41 1 2012 0023082

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000374 /2013

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

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000779 /2012

Apelante: CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA

Procurador: MARIA DEL PILAR SIMON ACOSTA

Abogado: CARLOS RUBIO VALLINA

Apelado: Alfonso , Cayetano , Gracia , Everardo , Isaac , Paula , Nazario , María Angeles , Severino , Carmela , Jesús María , Ángel , Genoveva , Cornelio , Ofelia , Zaida , Fructuoso , Justino

Procurador: MARIA VANESA RAMIREZ CARDENAS FERNANDEZ DE AREVALO

Abogado: CARMEN PIEDAD PITA BRONCANO

S E N T E N C I A NÚM. 242/13

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE :

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS :

DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =

DOÑA MARIA TERESA VAZQUEZ PIZARRO =

Rollo de Apelación núm. 374/13 =

Autos núm. 779/12 (Juicio Ordinario) =



Juzgado de 1^a Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres =

=====

En la Ciudad de Cáceres a veinticinco de Septiembre 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. 779/12 del Juzgado de 1^a Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres, siendo parte apelante la mercantil demandada, CAJA DE AHORROS DE EXTREMADURA (hoy LIBERBANK, S.A.) , representada tanto en la instancia como en la alzada por el Procurador de los Tribunales Sra. Simón Acosta, viniendo defendida por el Letrado Sr. Rubio Vallina, y, como parte apelada, los demandantes, DON Alfonso , DON Cayetano , DOÑA Gracia , DON Everardo , DON Isaac , DOÑA Paula , DON Nazario , DOÑA María Angeles , DON Severino , DOÑA Carmela , DON Jesús María , DON Ángel , DOÑA Genoveva , DON Cornelio , DOÑA Ofelia , DOÑA Zaida , DON Fructuoso y DON Justino , representados tanto en la instancia como en la alzada por el Procurador de los Tribunales Sra. Ramírez-Cárdenas Fernández de Arévalo, viniendo defendidos por el Letrado Sra. Pita Broncano.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 1 y Mercantil de Cáceres, en los Autos núm. 779/12, con fecha 20 de Junio de 2013, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: ESTIMO EN PARTE la demanda presentada a instancia de Alfonso , Cayetano , Gracia , Everardo , Isaac , Paula , Nazario , María Angeles , Severino , Carmela , Jesús María , Ángel , Modesta , Zaida , Fructuoso y Justino representados todos ellos por la procuradora Dª María Vanesa Ramírez-Cárdenas Fernández de Arévalo contra Lilberbank (Caja Extremadura), representada por la procuradora Dª María del Pilar Simón Acosta y, en consecuencia, DECLARO nulas por falta de transparencia las cláusulas incluidas en las escrituras públicas firmadas por los demandantes y referidas a la limitación al alza y a la baja de los tipos de interés aplicables a los préstamos hipotecarios (cláusulas suelo-techo) condenando a la entidad demandada a no aplicarla más en lo sucesivo, desestimándose el resto de pretensiones, esto es, sin conceder efecto retroactivo alguno a esta sentencia.

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

En fecha 9 de Julio de 2013 el Juzgado dictó Auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"ACUERDO:

Estimar la petición formulada por la Procuradora Doña Vanesa Ramírez-Cárdenas Fernández de Arévalo, en nombre y representación de los demandantes, de rectificar el error material producido en la sentencia nº 91/13 , dictada en el Procedimiento Ordinario nº 779/12, con fecha 20 de junio de 2013, en el sentido que se indica:

1.- Se corrige el error existente en el párrafo primero de la sentencia, dado que en el mismo no se han relacionado a todos los demandantes, por lo que se incluye en el citado párrafo a los demandantes Doña Genoveva y Don Cornelio . Y se corrige el error existente en el nombre de Doña Modesta , dado que el nombre exacto de la citada demandante es el de Doña Ofelia .

2.- Se corrige el error material existente en la parte dispositiva de la sentencia, y donde dice: ESTIMO EN PARTE la demanda presentada a instancia de Alfonso , Cayetano , Gracia , Everardo , Isaac , Paula , Nazario , María Angeles , Severino , Carmela , Jesús María , Ángel , Modesta , Zaida , Fructuoso y Justino representados todos ellos por la procuradora Dª María Vanesa Ramírez-Cárdenas Fernández de Arévalo contra Lilberbank (Caja Extremadura), representada por la procuradora Dª María del Pilar Simón Acosta y, en consecuencia, DECLARO nulas por falta de transparencia las cláusulas incluidas en las escrituras públicas firmadas por los demandantes y referidas a la limitación al alza y a la baja de los tipos de interés aplicables a los préstamos hipotecarios (cláusulas suelo-techo) condenando a la entidad demandada a no aplicarla más en lo sucesivo, desestimándose el resto de pretensiones, esto es, sin conceder efecto retroactivo alguno a esta sentencia.

Debe decir: ESTIMO EN PARTE la demanda presentada a instancia de Alfonso , Cayetano , Gracia , Everardo , Isaac , Paula , Nazario , María Angeles , Severino , Carmela , Jesús María , Ángel , Doña Genoveva , Don Cornelio , Ofelia , Zaida , Fructuoso y Justino representados todos ellos por la procuradora Dª María Vanesa Ramírez-Cárdenas Fernández de Arévalo contra Lilberbank (Caja Extremadura), representada por la procuradora Dª María del Pilar Simón Acosta y, en consecuencia,



*DECLARO nulas por falta de transparencia las **cláusulas** incluidas en las escrituras públicas firmadas por los demandantes y referidas a la limitación al alza y a la baja de los tipos de interés aplicables a los préstamos hipotecarios (**cláusulas suelo-techo**) condenando a la entidad demandada a no aplicarla más en lo sucesivo, desestimándose el resto de pretensiones, esto es, sin conceder efecto retroactivo alguno a esta sentencia."*

SEGUNDO .- Frente a la anterior sentencia y por la representación procesal de la mercantil demandada, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, se tuvo por interpuesto y, 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.

TERCERO .- Presentado escrito de oposición al recurso por la representación procesal de los demandantes, se remitieron los autos originales a la Audiencia Provincial de **Cáceres**, previo emplazamiento de las partes por término de 10 días.

CUARTO .- Recibidos los autos, registrados en el Servicio Común de Registro y Reparto, pasaron al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, que procedió a incoar el correspondiente Rollo de Apelación, y, previos los trámites legales correspondientes, se recibieron en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial, turnándose de ponencia; y, no habiéndose propuesto prueba ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día veinticuatro de Septiembre de dos mil trece, quedando los autos para dictar resolución en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C ..

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

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Frente a la Sentencia de fecha 20 de Junio de 2.013 , ulteriormente rectificada por Auto de fecha 9 de Julio de 2.013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de **Cáceres** en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 779/2.012, conforme a la cual, con estimación en parte de la Demanda presentada a instancia de D. Alfonso , D. Cayetano , D^a. Gracia , D. Everardo , D. Isaac , D^a. Paula , D. Nazario , D^a. María Angeles , D. Severino , D^a. Carmela , D. Jesús María , D. Ángel , D^a. Genoveva , D. Cornelio , D^a. Ofelia , D^a. Zaida , D. Fructuoso y de D. Justino contra Liberbank, S.A. (Caja Extremadura), se declaran nulas por falta de transparencia las **cláusulas** incluidas en las Escrituras Públicas firmadas por los demandantes y referidas a la limitación al alza y a la baja de los tipos de interés aplicables a los préstamos hipotecarios (**cláusulas suelo-techo**), y se condena a la entidad demandada a no aplicarlas más en los sucesivos, desestimándose el resto de las pretensiones, esto es, sin conceder efecto retroactivo alguno a esa Sentencia, y sin expresa imposición de las costas a ninguna de las partes, se alza la parte apelante -demandada, Liberbank, S.A.- alegando, básicamente y en esencia, como único motivo del Recurso, aun cuando no se diga de manera explícita en el Escrito de Interposición del mismo, error en la aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de Mayo de 2.013 y del Auto de Aclaración de la misma, en relación con la infracción del artículo 1.309 del Código Civil sobre al confirmación de las **cláusulas** discutidas por su novación. En sentido inverso, la parte apelada -demandantes, D. Alfonso , D. Cayetano , D^a. Gracia , D. Everardo , D. Isaac , D^a. Paula , D. Nazario , D^a. María Angeles , D. Severino , D^a. Carmela , D. Jesús María , D. Ángel , D^a. Genoveva , D. Cornelio , D^a. Ofelia , D^a. Zaida , D. Fructuoso y D. Justino - se ha opuesto al Recurso de Apelación interpuesto, interesando su desestimación y la confirmación de la Sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Centrado el Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, conviene significar, con carácter previo, como premisa inicial y como declaración de principio que la cuestión controvertida, de orden material o sustantivo, planteada en esta alzada (prácticamente en todas las vertientes del único motivo) ha sido ya examinada y resuelta por este Tribunal en supuestos -en todo lo esencial- idénticos y de análoga naturaleza al presente, siendo exponente del posicionamiento de esta Sala la Sentencia 327/2.012, de 19 de Junio, dictada por este Tribunal en el Rollo de Apelación número 278/2.012 , dimanante del Juicio Ordinario que se siguió ante el mismo Juzgado de instancia (Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de **Cáceres**) con el número 902/2.011 ; criterio que se ha venido manteniendo por este Tribunal de manera constante y reiterada (como, a título de ejemplo, en la Sentencia 373/2.012, de 18 de Julio, dictada por el este Tribunal en el Rollo de Apelación número 398/2.012 , dimanante de los autos de Juicio Ordinario que se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de **Cáceres** con el número



986/2.011 y más recientemente en la Sentencia 431/2.012, de 5 de Octubre , también dictada por esta Sala en el Rollo de Apelación 502/2.012, dimanantes de los autos de Juicio Ordinario que se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de esta Capital con el número 81/2.012; y, además, este Tribunal ya ha adaptado su criterio a los Razonamientos Jurídicos expuestos por el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, en la Sentencia 241/2.013, de fecha 9 de Mayo de 2.013 (y en el Auto de Aclaración de dicha Sentencia de fecha 3 de Junio de 2.013), donde el Alto Tribunal se ha pronunciado expresamente sobre la problemática jurídica que se ha sometido a la consideración de esta Sala, fijando Doctrina Jurisprudencial, a la que ha atendido y atenderá este Tribunal y a la que, en consecuencia, se ajustará la presente Resolución, lo que, en su momento, exigió que este Tribunal modificara parcialmente su criterio en función del contenido de los Fundamentos de Derecho y de la Decisión adoptada por el Alto Tribunal en la expresada Resolución, con acomodación, lógicamente, al concreto supuesto al que se contrae este Juicio. También debe destacarse que, en la Sentencia ahora recurrida, el Juzgado de instancia ha aplicado el criterio que viene manteniendo este Tribunal y, asimismo, la Doctrina Jurisprudencial que dimana de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de Mayo de 2.013 , con su posterior Auto de Aclaración, por lo que -ya puede adelantarse- la decisión adoptada en la Resolución impugnada ha de calificarse de correcta, incluida la problemática que lo diferencia de otros supuestos, relativa a que, durante la vigencia del préstamo hipotecario y, a instancia de la entidad financiera, se haya modificado a la baja la **cláusula** de limitación del tipo mínimo de interés (la denominada "**cláusula suelo**"), como se tendrá la oportunidad de examinar.

TERCERO.- El Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, en la referida Sentencia 241/2.013, de fecha 9 de Mayo de 2.013 (y en el posterior Auto de Aclaración de fecha 3 de Junio de 2.013), ha resuelto la práctica totalidad de las cuestiones materiales en las que se fundamenta el Recurso de Apelación interpuesto y, por tanto, la problemática relativa a las condiciones en las que resulta procedente declarar la nulidad, por abusivas, de las denominadas "**cláusulas suelo**"en contratos de préstamo hipotecario con tipo de interés variable, estableciendo una Doctrina, que asume este Tribunal, y que puede concretarse en los siguientes extremos, con cita literal de los apartados de los Fundamentos de Derecho de la expresada Resolución que resultan esenciales a los efectos de la resolución de la presente Impugnación.

En síntesis, el Fallo de la indicada Sentencia acuerda: Declarar la nulidad de las **cláusulas suelo** contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 3, 4 y 5 del Antecedente de Hecho Primero de esa Sentencia por: a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero; b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; c) La creación de la apariencia de que el **suelo** tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el Banco; e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual, y f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad; y se condena a eliminar dichas **cláusulas** de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización. Se declara, asimismo, no haber lugar a la retroactividad de esa sentencia, que 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 esa sentencia.

CUARTO.- Y, de esta manera y, como fundamento de la expresada Decisión, el Alto Tribunal ha declarado, en los apartados de los Fundamentos de Derecho que ahora se transcriben, que: 130. Lo expuesto es determinante de que, en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de **cláusulas** abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las **cláusulas** cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las **cláusulas** como abusivas.

144. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que: a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una **cláusula** contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.



b) El conocimiento de una **cláusula** -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

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

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

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

d) La carga de la prueba de que una **cláusula** prerrredactada 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 predisposto 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".

178. Debe ratificarse lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que "[l]a existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis" .

196. De lo expuesto cabe concluir: a) Que las **cláusulas suelo** examinadas constituyen **cláusulas** que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone.

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

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

215. Sentado lo anterior cabe concluir: a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la **cláusula** aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una **cláusula** no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.



b) Que la transparencia de las **cláusulas** no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

QUINTO.- 217. Las **cláusulas** examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.

218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percibirse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con **cláusula suelo** previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.

219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la **cláusula suelo** en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las **cláusulas suelo** y de las **cláusulas techo** o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.

220. Además, el referido IBE, en su apartado 3.2 -Causas del uso de las acotaciones a la variación" - expone las dos razones alegadas por las entidades entrevistadas para justificar la aplicación de las **cláusulas** con acotaciones, sus umbrales o su activación de tipos. Indica que "[l]as entidades entrevistadas han sugerido, como motivos que justifican el papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio: [1] el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas **cláusulas** se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios [...]" .

221. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una **cláusula** definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiamente secundario, habida cuenta de que las **cláusulas** "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la **cláusula**, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

222. De hecho, el IBE propone, como una de las medidas para superar la polémica desatada sobre su aplicación, la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura y la promoción de prácticas de concesión y cobertura de créditos en los que la evaluación del riesgo de crédito de la operación tenga en cuenta los posibles escenarios de variación de los tipos y la mayor incertidumbre que tiene la operación-.

223. Lo expuesto lleva a concluir que las **cláusulas** analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las **cláusulas** -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. Lo elevado del **suelo** hacia previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas **cláusulas** se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

225. En definitiva, las **cláusulas** analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las **cláusulas** techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.



e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

SEXTO.- 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.

230. Sin perjuicio de otros mecanismos que no vienen al caso, para que proceda expulsarlas del mercado por la vía de la legislación de condiciones generales de la contratación, la LCGC requiere que sean perjudiciales para el adherente y contrarias a la propia Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva . Así lo dispone el artículo 8.1 LCGC a cuyo tenor "[s]erán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención .

231. Tratándose de condiciones generales en contratos con consumidores, el artículo 8.2 LCGC remite a la legislación especial: "[e]n particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

232. El artículo 3.1 de la Directiva 93/13 dispone que "[l]as **cláusulas** contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato" . A su vez el artículo 82.1 TRLCU dispone que "[s]e considerarán **cláusulas** abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato" .

233. El análisis de las normas transcritas permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las **cláusulas** no negociadas los siguientes: a) Que se trate de condiciones generales predisueltas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de **cláusulas** perjudiciales para el profesional o empresario-.

244. Lo expuesto nos releva de entrar en el examen de la espinosa cuestión sobre la subsistencia de la categoría romana de los contratos reales, en los que, como excepción a la regla general contenida en el artículo 1261 CC , la *datio rei* (entrega de la cosa) opera como elemento del contrato, si bien no estará de más significar que, pese a que en algunas decisiones de esta Sala se ha mantenido su naturaleza real y unilateral - en este sentido se pronuncia de forma contundente la STS 495/2001, de 22 de mayo, RC 677/1996 , al afirmar que "[e]l contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa [...] Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario"-, otras afirman su posible carácter bilateral -la STS 1074/2007, de 10 de octubre, RC 4386/2000 precisa que "[...] no es lo mismo al contrato bilateral de préstamo y la constitución unilateral del derecho real de hipoteca [...]" .

245. En definitiva, la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos imponen entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos. Más aún, las SSTS 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007 ; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007 , mantuvieron la posibilidad de **cláusulas** abusivas precisamente en contratos de préstamo.



246. De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predisposta para ser impuesta en contratos con consumidores: a) Debe referirse al momento de la litispendencia o a aquél posterior en el que la cuestión se plantea dando oportunidad de alegar a las partes.

b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

c) No impide el control del carácter abusivo de las **cláusulas**, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación.

d) Las **cláusulas** contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

SEPTIMO.- 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.

260. Más aún, para justificar su pretensión AUSBANC alude a la proposición de Ley 122/000276 sobre modificación del TRLCU publicadas en el Boletín del Congreso de 18 de marzo de 2011, por la que se pretendía añadir al artículo 87 TRLCU un nuevo epígrafe y que no fue tramitada al disolverse las Cortes Generales.

261. Pues bien, como pone de relieve una de las recurridas, AUSBANC ha ocultado que esta proposición coincide con la enmienda 1 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Ezquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, publicada en el Boletín del Congreso de 16 de marzo de 2011, y con la enmienda 3 formulada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés publicada en el Boletín del Senado de 9 de mayo de 2011 y que: a) Las expresadas proposición y enmiendas parten de que las **cláusulas suelo** son lícitas, sin perjuicio de la conveniencia de que el legislador fije ciertos topes.

b) Las enmiendas en el Congreso fueron rechazadas por la Comisión según consta en el Diario de sesiones de 12 de abril de 2011 por votación que arrojó el siguiente resultado: 2 votos a favor, 22 en contra y una abstención.

c) Las formuladas en el Senado fueron rechazadas el 8 de junio de 2011 en votación con los siguientes resultados: 13 votos a favor, 230 en contra y 1 abstención.

262. Finalmente, desde la perspectiva de la utilidad práctica de la existencia de tales **cláusulas** para el consumidor, el apartado 4 del IBE indica que "[s]u eventual supresión podría conllevar o bien el descenso del volumen de crédito hipotecario disponible, o bien el aumento del coste del crédito y la reducción del plazo de las operaciones .

263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las **cláusulas** impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, 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.

265. A diferencia de otros, como el italiano y el portugués, que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio utile per inutile non vitiatur [lo válido no es viciado por lo inválido]. No obstante lo cual, la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del favor negotii o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las **cláusulas** ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio . RC 911/2006; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009).

266. Por el contrario, cuando se trata de contratos en los que se han insertado condiciones generales nulas, la legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir. A tal efecto, en el caso de acciones ejercitadas por los adherentes, el artículo 9.2 LCGC, dispone que "[...]a sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las **cláusulas** generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil ".

267. Si la nulidad se declara a causa de la estimación de acciones de cesación, la norma también atribuye al juez la posibilidad de declarar la validez parcial de los contratos afectados por la declaración de nulidad de alguna de las condiciones insertas en ellos, y en el artículo 12.2 LCGC dispone que "[...]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia [...] determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz" .

268. La LCU, en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las **cláusulas** no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que "[s]erán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las **cláusulas**, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las **cláusulas** subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo".

269. La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que "[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen **cláusulas** abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales **cláusulas**, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las **cláusulas** abusivas no afecten a su existencia" y que en el artículo 6.1 dispone que "[...]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las **cláusulas** abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las **cláusulas** abusivas" .

270. El artículo 10.bis LCU, introducido por la Disposición Adicional 1.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril , modificó dicho régimen ya que, por un lado mantuvo la nulidad de las **cláusulas** y, por otro, tratando de restablecer el equilibrio interno del contrato admitió su integración. Así lo dispone el primer párrafo del artículo 83.2 TRLCU, a cuyo tenor "[...]a parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva" .



271. Además, otorgó al juez facultades para inmiscuirse en el contrato y moderar su contenido. Así lo dispuso el segundo apartado del artículo 83.2 TRLCU, a cuyo tenor "[a] estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas **cláusulas** integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineffectividad en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario".

272. Finalmente, reservó la nulidad para supuestos en los que no era posible la reconstrucción equitativa "para ambas partes", al disponer en el párrafo tercero del propio artículo 83.2 TRLCU, que "[s]ólo cuando las **cláusulas** subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineffectividad del contrato".

273. La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012 , Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una **cláusula** abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la **cláusula** abusiva" .

274. Como hemos indicado las **cláusulas suelo** se refieren al objeto principal del contrato -de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-. También hemos indicado que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las **cláusulas suelo** por las demandadas es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa". Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento.

275. Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las **cláusulas suelo** no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus **cláusulas** no supone la imposibilidad de su subsistencia.

276. Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones: a) Procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las **cláusulas** examinadas en la forma y modo en la que se utilizan.

b) Igualmente procede condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan.

c) Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las **cláusulas** abusivas.

OCTAVO.- Sobre el contenido del Auto de Aclaración de la expresada Sentencia, de fecha 3 de Junio de 2.013, del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo , interesa destacar los siguientes apartados de los Fundamentos de Derecho de la expresada Resolución:

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 -uno de ellos referido a las **cláusulas** utilizadas por una de las demandadas- cuya conjunción determinó que las **cláusulas suelo** analizadas fuesen consideradas no transparentes.

12. 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.

NO VENO.- Trasladadas las consideraciones que anteceden al supuesto que se examina, no cabe duda de que las **cláusulas** financieras controvertidas incluidas en las Escrituras Públicas de Subrogación de Hipoteca que se acompañaron a la Demanda son nulas por su carácter abusivo, en la medida en que se corresponden con un supuesto análogo a los examinados por el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 9 de Mayo de 2.013 , destacando la falta de información y de transparencia suficientes hacia el prestatario sobre un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

La situación fáctica a la que se contrae el supuesto que ahora es objeto de examen se expone acertadamente en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia recurrida cuando se indica que todos los demandantes adquirieron viviendas a la promotora Mego, y que lo hicieron subrogándose en el Préstamo Hipotecario que había sido concertado por el Promotor y por la Entidad de Crédito, y en todas las Escrituras Pública de Compraventa, con subrogación en el Préstamo Hipotecario, se señalaba que el tipo de interés variable se limitaba a la baja al 3,40% y al alza en el 12%. También se indicaba que la demandante, Dª. Ofelia , había firmado una Escritura de Novación quedando el **suelo** en el 2,65% y el techo en el 12%; que la también demandante, Dª. Gracia , había firmado con su marido y otro matrimonio una compraventa similar el día 3 de Abril de 2.008 pactándose igualmente un límite a la baja del 5% y un límite al alza del 12%; que el actor, D. Jesús María , había adquirido su vivienda el día 19 de Agosto de 2.004 con un límite de **suelo** fijado en la Escritura de Préstamo Hipotecario en la que se subrogó del 4% y sin techo alguno a su favor; que la actora, Dª. Paula , tenía un límite **suelo** del 5% y un límite techo del 12%, y que el actor, D. Justino , se había subrogado en la Hipoteca de los vendedores de su vivienda, que tenía un límite **suelo** del 3,40% y un límite techo del 12%. El Juzgado de instancia también significa que la Caja de Ahorros demandada había enviado a todos los demandantes una comunicación proponiendo una rebaja del **suelo** mencionado, a cambio de contratar una serie de productos, firmando todos ellos la rebaja. Es precisamente en esta "rebaja" del límite del tipo mínimo de interés (**cláusula suelo**) donde parece centrarse, con exclusividad, la Impugnación que deduce la parte apelante por mor del Recurso de Apelación interpuesto, en la medida en que, en la Primera Alegación del Recurso, la parte apelante se refiere a las novaciones anteriormente indicadas y, especialmente -y citamos literal-, a que "todos firmaron la modificación de la **cláusula suelo**" (expresión que se consigna en negrita y subrayada), como condicionante que revelaría la transparencia en la negociación de la **cláusula** y la ausencia de abusividad, a lo que se anuda el argumento jurídico de la confirmación de la **cláusula** por su novación al amparo de los artículos 1.309 y siguientes del Código Civil .

Este Tribunal no comparte, sin embargo, el criterio de la parte demandada apelante expuesto en las Alegaciones del Recurso, aun cuando el tipo de interés referido al límite a la baja (**cláusula suelo**) de los Préstamos Hipotecarios se haya modificado a través de la propuesta efectuada por la entidad financiera y admitida por los prestatarios; argumento que es el comprensivo de todos los supuestos a los que se refiere la parte apelante en la Primera Alegación del motivo, incluido el referente a aquel Préstamo Hipotecario sin **cláusula** techo, porque dicho negocio jurídico sí tiene un límite a la baja (**cláusula suelo**), que es el que afecta a la transparencia de la negociación con los efectos perjudiciales que, en el ámbito económico, puede irradiar para el prestatario. Y, Sin perjuicio de significar, en esta sede recursiva, que bastaría contemplar y reproducir la objetiva y acertada exégesis hermenéutica desarrollada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida



(en concreto, en su Fundamento de Derecho Quinto) para adverar, sin ninguna dificultad, que los contratos de préstamo hipotecario (con la rebaja posterior del interés en su límite mínimo) no se negocianaron individualmente y que dichas **cláusulas** de interés mínimo (incluida la rebaja posterior) era común (estandarizada) a todos los tipos de préstamos ofrecidos a los demandantes (con los documentos posteriores donde se modificaba el tipo de interés), resulta incuestionable que la situación de la **cláusula** en los contratos y su propia redacción revelan la ausencia de transparencia y de información no solo sobre su contenido, sino también sobre sus efectos reales en el ámbito del propio contrato.

En efecto y sin que se estime necesario relacionar en esta sede las **cláusulas** específicas de todos los contratos de préstamo con garantía hipotecaria (ya que son todas prácticamente idénticas), nos referiremos, a título meramente ejemplificativo, a la **cláusula** establecida en la Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 3 de Abril de 2.008 (documento señalado con el número 22 de los acompañados a la Demanda), en la que figuran como prestatarios, D. Abilio y Dña. Gracia , y en la que se estipula la siguiente **cláusula** (que, como decimos, es análoga a la de los restantes préstamos hipotecarios): "con independencia del tipo de interés resultante por la aplicación de la variabilidad a que se refieren los puntos anteriores, las partes establecen los límites al tipo de interés aplicable: tipo mínimo de interés cinco por ciento nominal anual, tipo máximo de interés doce por ciento nominal anual". Existe un claro déficit informador que se traslada a las subsiguientes modificaciones del tipo de interés. Así se aprecia en los documentos 24 a 32 de los presentados con la Demanda, indudablemente estereotipados, idénticos en su configuración y en el sentido y alcance sustantivo de sus estipulaciones; documentos de los que interesa destacar que, en todos ellos, hay una **cláusula** idéntica, conforme a la cual "en ningún caso el tipo de interés resultante podrá ser inferior al 3,000% (en un supuesto es el del 2,750%) nominal anual, ni superior al tipo nominal anual que figura en la Escritura de Préstamo". Existe, incuestionablemente, una clara carencia, informativa y comprensiva, en dichos documentos, hasta el extremo de que la modificación del **suelo** (tipo mínimo de interés) es una imposición de la entidad financiera que no obedece a negociación de tipo alguno y, por tanto, carece de transparencia.

Es decir, los acuerdos de modificación del tipo de interés de los préstamos hipotecarios a interés variable (documentos señalados con los números 24 a 32 de los presentados con la Demanda) inciden sobre el tipo de interés ordinario del préstamo con garantía hipotecaria y sobre el margen diferencial aplicable al Euríbor; lo que, con el máximo rigor, en nada afecta a la transparencia de la **cláusula** que fija un límite de interés mínimo, no solo por la redacción que, en relación con la misma, consta en los expresados documentos, sino por dos motivos: de un lado, porque el objeto de la modificación no era esa **cláusula** (es decir, no era la modificación del límite mínimo o "**cláusula suelo**"), sino la modificación del tipo de interés ordinario; y, de otro, porque la rebaja del límite mínimo de interés (**cláusula suelo**) responde no a una negociación transparente e informada "inter partes", sino, precisamente, a la adecuación de la misma a la modificación del tipo de interés ordinario; de ahí que aparezca como impuesta por la entidad financiera y que, en rigor se mantenga, con los efectos y con el alcance que tenía cuando primitivamente se adoptó en las Escrituras Públicas de Préstamo Hipotecario, si bien ligeramente rebajada como consecuencia - decimos- no de una negociación entre las partes, sino de la modificación del tipo de interés ordinario.

Ha de señalarse, finalmente, que, con fundamento en los razonamientos jurídicos expuestos, no cabe duda de que, en términos estrictamente jurídico-sustantivos- no es posible confirmación alguna de las **cláusulas** por novación (a la que se refiere la parte apelante en la Alegación Tercera del Escrito de Interposición del Recurso), ni por tanto, han resultado infringidos los artículos 1.309 y 1.310 del Código Civil . Adviértase, además, que este último precepto establece que "solo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261"; es decir, solo pueden ser objeto de confirmación los contratos anulables, no los afectados de nulidad radical, que es el supuesto que se somete a la consideración de esta Sala respecto de las **cláusulas** controvertidas, en relación con las cuales no se declara (ni se postuló en la Demanda) su anulabilidad, sino su nulidad radical, en los términos expuestos en los Fundamentos Jurídicos precedentes y en los desarrollados en la propia Sentencia recurrida.

DECIMO.- Por tanto y, en virtud de las consideraciones que anteceden, procede la desestimación del Recurso de Apelación interpuesto, y, como consecuencia lógica, la confirmación de la Sentencia que constituye su objeto.

DECIMO PRIMERO.- De conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 394 del mismo Texto Legal , aun cuando el Recurso de Apelación interpuesto habrá de ser desestimado, no procede efectuar pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas de esta alzada, de modo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad; en la medida en que, como hemos significado en supuestos análogos al presente ya



examinados por este Tribunal, el ahora enjuiciado -como aquéllos- es susceptible de presentar dudas, serias y razonables, de hecho y de derecho que exigen la aplicación de la Excepción al Principio del Vencimiento Objetivo legalmente establecido en cuanto a la condena en las costas.

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, desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de **LIBERBANK, S.A.** contra la Sentencia 91/2.013, de veinte de Junio , ulteriormente rectificada por Auto de fecha nueve de Julio de dos mil trece, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de **Cáceres** en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 779/2.012, del que dimana este Rollo, debemos **CONFIRMAR y CONFIRAMOS** la indicada Resolución, sin hacer pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas de esta alzada, de modo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

No tifíquese la presente 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.