

Abogado

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN QUINTA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BOSGARREN

SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10-3ª planta - C.P./PK: 48001

Tel.: 94-4016666
Fax / Faxe: 94-4016992

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 48.02.2-16/001324
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :48013.42.1-2016/0001324

A.p.ordinario L2 377/2016 - N

O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Barakaldo / Barakaldoko Lehen Auzialdiko 6 zk.ko Epaitegia

Autos deProcedimiento ordinario251/2016(e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: BANCO POPULAR ESPAÑOL S A

Procurador/a / Prokuradorea: GERMAN ORS SIMON

Abogado/a / Abokatua: CARLOS ARANGUREN ECHEVARRIA

Recurrido/a / Errekurritua:

Procurador/a / Prokuradorea: BEATRIZ OTERO MENDIGUREN y BEATRIZ OTERO MENDIGUREN

Abogado/a / Abokatua: JAVIER VIAÑA DE LA PUENTE y JAVIER VIAÑA DE LA PUENTE

SENTENCIA Nº:34/17

ILMAS. SRAS.

Dña. **MARÍA ELISABETH HUERTA SÁNCHEZ**

Dña. **LEONOR CUENCA GARCÍA**

Dña. **MAGDALENA GARCÍA LARRAGAN**

En BILBAO, a siete de febrero de dos mil diecisiete.

En nombre de S.M. el Rey, por la autoridad que le concede la Constitución.

Vistos por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO Nº 251/16** seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Barakaldo y del que son partes como demandante

, representados por la Procuradora Sra. Otero Mendiguren y dirigidos por el Letrado Sr. Viaña De La Puente y como demandada **BANCO POPULAR, S.A.**, representada por el Procurador Sr. Ors Simón y dirigida por el Letrado Sr. Aranguren

Echevarría, siendo Ponente en esta instancia la Ilustre Sra. Magistrada D^a Leonor Cuenca García.

Javier Viaña

Abogado

ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.-Por el Juzgador de primera instancia se dictó con fecha 21 de junio de 2016 sentencia cuya parte dispositiva dice literalmente:

" Que estimando sustancialmente la demanda formulada por la Procurador de los Tribunales Dña. Beatriz Otero, en nombre y representación de _____, contra Banco Popular Español S.A, debo declarar y declaro el carácter abusivo, y en consecuencia la nulidad de las cláusulas relativa a la fijación de un límite mínimo del 2,85% en el tipo de interés ordinario aplicable (cláusula suelo) contenida en el párrafo 3 del apartado b de la cláusula 1.4 de la escritura de constitución de hipoteca, así como declaro la inaplicación de los párrafos 3 y 4 de la misma cláusula de la escritura, referentes a la aplicación de un tipo de interés del 85% de índice de referencia, debiendo ser aplicado el interés sustitutorio calculado con base al Euribor desde la fecha en que dejó de publicarse el índice de referencia antes mencionado, y debo condenar y condeno a Banco Popular Español S.A a pasar por esas declaraciones eliminando y cesando de aplicar en el futuro dichas cláusulas, así como a la devolución a los demandantes de las cantidades cobradas indebidamente por Banco Popular Español S.A por la aplicación de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013 (sin perjuicio de la posibilidad de recálculo conforme a la doctrina del TJUE de acuerdo a lo expuesto en el Fundamento Tercero), junto con los intereses legales desde la fecha de su cobro, al igual que a la devolución de las cantidades que se hubieran, en su caso, cobrado de más en virtud de la cláusula "bpt" o "irph" declarada inaplicada junto con los intereses legales desde la fecha de 22 de febrero de 2016; y obligando a Banco Popular Español S.A a recalcular y rehacer excluyendo las cláusulas mencionadas los cuadros de amortización del préstamo suscrito, contabilizando el capital que debió efectivamente ser amortizado.

Se condena en costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Banco Popular Español, S.A. y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, previa su tramitación y emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Seguido este recurso por sus trámites, se señaló el día 17 de enero de 2017 para su votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han

Javier Viaña

Abogado

observado las formalidades y términos legales, noándose constar que la duración de la grabación del Cd correspondiente al término de audiencia previa es la de 6 minutos y 24 segundos y la del del acto de juicio es la de 55 minutos y 35 segundos .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte apelante, demandada en la instancia, interesa la revocación de la resolución recurrida y que en su lugar se dicte otra por la que, tras una adecuada valoración de la prueba practicada y aplicación del derecho se desestime íntegramente la demanda contra ella deducida con imposición de las costas a la parte actora.

Y ello por entender, tras la argumentación inicial en su escrito de interposición del recurso de apelación sobre los pronunciamientos impugnados y la discrepancia jurídica respecto de la resolución recurrida, con referencia a sentencias de la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial en relación con la promoción de viviendas a la que pertenece la de autos y los contratos de préstamo con garantía hipotecaria sobre ellas, que:

a.- se da una errónea valoración de la prueba, en la medida en que no se ha considerado por el Juzgador de instancia que nos encontramos ante un contrato de préstamo con garantía hipotecaria que surge en unas especiales condiciones, cuales son que la Sociedad Cooperativa que construyó las viviendas obtuvo un préstamo al promotor de la entidad Banco de Vasconia, S.A., del que trae causa esta parte, en el que se subrogaron los actores quienes por ello no hay duda de que pudieron comparar otras ofertas de otras entidades bancarias, a lo que se une que como se deduce de la testifical de la Sra. Riaño los mismos tuvieron dos opciones para referenciar el interés, el Euribor más una diferencia o un porcentaje BPT entidades de crédito que era el usado por el promotor por derivar de un convenio del Gobierno Vasco, además del límite mínimo, y pudiendo eliminarlos y no lo hicieron, por lo que ambas cláusulas fueron negociadas y no pueden considerarse condiciones generales de la contratación y con ello someterse al control del transparencia.

La existencia de una novación expresa como elemento acreditador de la realidad de la negociación, la reconoce la Sec. Novena de la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 23 de octubre de 2016.

No se olvide que de los 336 socios de la cooperativa, solo 92 decidieron subrogarse en el préstamo al promotor, optando la mayoría por el índice de referencia BPT y el resto por el Euribor, asumiendo distintos tipos de suelo (2,75 % y 2,85%).

b.- la cláusula suelo pactada es transparente de conformidad con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pues siendo gramaticalmente comprensible los actores conocían de su existencia, ya que:

Javier Viaña

Abogado

.- consta en la oferta vinculante debidamente firmada, el límite del 2,85 %, sin que exista respecto de la misma en la normativa vigente entonces y ahora obligación de entregarla con días de antelación a la firma de la escritura.

.- así lo asevera la gestora Sra. Riaño quien declara que informó a los actores sobre la existencia y efectos de esta cláusula.

Prueba evidente de la correcta información lo es que en todos estos años ninguna reclamación se ha efectuado antes de la demanda, aprovechando la parte, en este momento, la coyuntura.

c.- la cláusula del tipo de referencia sustitutorio (85% del BPT) del punto 1.4 párrafos 3 y 4, si bien es cierto que por la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se entiende que pueda someterse a control en los mismos términos que la cláusula suelo, resulta que es transparente, ya que:

.- la Sra. Riaño declara que se les explicaron las dos opciones de tipo de referencia sustitutorio y los actores optaron.

.- la ausencia de explicación sobre el sistema de cálculo es improcedente ya que ningún ciudadano sabe al detalle las operaciones de matemática financiera que ello implica, bastando al efecto con conocer el índice y que el mismo se publica en el BOE.

.- el error cierto sobre los supuestos de aplicación del BPT que contiene la oferta vinculante respecto de la escritura pública, no priva de eficacia a la cláusula, cuando se ha probado que fueron informados.

Esta situación como argumenta la sentencia de 6 de mayo de 2015 de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sec. Cuarta, impide que se considere a la misma como no transparente, lo que reitera en su sentencia de 1 de marzo de 2016 del mismo bloque que el los actores.

d.- En ningún caso y por lo considerado, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo fijada en la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013 y posteriores, pueden declararse las citadas cláusulas abusivas.

SEGUNDO.- Delimitado el objeto de la presente resolución en el fundamento de derecho, el análisis de lo ajustado a derecho o no de la sentencia de instancia, ha de partir del hecho no controvertido que el contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado en escritura pública el día 14 de abril de 2005 otorgado entre la entidad Banco de Vasconia, S.A. de la que trae causa la hoy apelante, Banco Popular Español, S.A., como prestamista, y los actores, el Sr. Prieto y la Sra. Hernández, como prestatarios, tiene como contenido el que se deduce del doc. nº 1 demanda (admitido al contestar), y que su finalidad era la adquisición por los actores de una vivienda destinada a ser su domicilio particular que se produce, el mismo día, en otra escritura

de compra a la entidad Parque San Vicente (doc. nº 2 demanda), lo que les otorga, de conformidad con el art. 1.º de la Ley 1/1984 en su redacción anterior al TR de 2007, por ser el vigente al momento de la celebración del contrato, que de igual modo corrobora el citado texto refundido, la condición de consumidores, lo que no les niega la parte demandada.

Partiendo de esta premisa, la estipulación controvertida, tras haber acordado las partes la novación modificativa en el préstamo del promotor lo es la 1.4 "MODIFICACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS" cuya nulidad ha sido declarada por abusiva respecto del suelo y del índice de referencia en la resolución recurrida, la cual a los efectos que ahora nos interesan establece:

"1.4) MODIFICACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS:

Queda modificado el tipo de interés nominal pactado en la relacionada escritura de préstamo hipotecario al promotor, quedando el mismo establecido en la forma que a continuación se expone:

Desde hoy hasta el 4 de mayo de 2006 se aplicará el tipo de interés nominal del 2,85 % anual.

A partir del 4 de mayo de 2006 el tipo de interés anual aplicable a las liquidaciones que se produzcan se determinará mediante la aplicación del 85 % del tipo de interés de referencia. Se tomará como tipo básico de referencia el último publicado quince días naturales antes de la fecha de revisión.

A estos efectos, se establece como tipo básico de referencia el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito y publicado mensualmente en el B. O. E. como índice o tipo de referencia oficial, definido en el apartado 3 del Anexo VIII de la Circular 8190 del Banco de España.

En el caso eventual de que dicho tipo de interés de referencia dejará de publicarse definitivamente, se aplicará como índice sustitutorio el tipo de interés de referencia el tipo Interbancario a 1 año (Euribor) publicado mensualmente en el BOE como índice o tipo de referencia oficial definido en el apartado 7 del Anexo VIII de la Circular 8/1990 del Banco de España, introducido por la Circular 7/1999, de 29 de junio, al que se le adicionará un margen o diferencial de 0,60 puntos porcentuales.

Se entenderá que dicho tipo de interés de referencia ha dejado de publicarse definitivamente por la no aparición en el Boletín Oficial de Estado de tal tipo de referencia durante tres meses consecutivos computados de fecha a fecha y que uno de ellos fuera base para la referencia.

Revisión del interés pactado.- Serán de aplicación las siguientes reglas en orden a la fijación del tipo básico de referencia y del tipo de interés aplicable al segundo

Javier Viaña

y posteriores períodos de interés.

Abogado

a) A tal efecto, el segundo y posteriores períodos de interés del presente préstamo tendrán una duración de seis meses, computados desde el 4 de mayo de 2006.

b) Para dichos segundos y posteriores períodos el tipo de interés a aplicar será el que resulte de lo establecido en esta misma cláusula.

Redondeos del tipo de interés aplicable.- Las partes acuerdan que no se realizará redondeo alguno al tipo de interés resultante de las revisiones efectuadas según lo pactado en la presente escritura.

Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 2,85 %.

En lo demás, continuarán siendo plenamente aplicables el resto de las estipulaciones relativas al tipo de interés y sus reglas para la revisión recogidas en las escrituras de fecha 27 de marzo de 2001 protocolo 874 y 5 de mayo de 2003, protocolo 721, autorizadas por el notario de esta villa Don Andrés M^a Urrutia Badiola."

La pretensión de la parte apelante exige discriminar dado el contenido de la misma entre:

A.-La nulidad de la cláusula suelo:La declaración de abusividad

Desde un punto de vista jurisprudencial, reiterando la doctrina citada por la Juzgadora de instancia, el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia de 29 de abril de 2005 en un proceso en el que se ejercitaba una acción ordinaria individual de declaración de nulidad de la condición general de contratación relativa a la cláusula suelo en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria y devolución de la cantidad indebidamente percibida, al respecto declara lo siguiente:

" NOVENO.- Decisión de la Sala (I). El carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas de los préstamos hipotecarios concertados con consumidores

1.- Como se expuso al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los de bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación cuando contratan con los consumidores y usuarios. De ahí que tanto la Directiva comunitaria como la Ley nacional impongan al profesional la carga de la prueba de lo contrario, esto es, de que la cláusula ha sido negociada, y que dicha previsión tenga el alcance que se ha precisado en el fundamento de derecho séptimo de esta sentencia.

Javier Viaña

Abogado

En nuestra sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, declaramos la notoriedad de esta circunstancia, y que el sector bancario y financiero era uno de los más estandarizados en la contratación con consumidores.

Afirmábamos en el apartado 159 de dicha sentencia, con cita del Informe del Banco de España aportado también como prueba en este litigio:

« En idéntico sentido el IBE [Informe del Banco de España] afirma de forma expresiva en el apartado 3.1. -utilización de cláusulas limitativas a la variación- lo siguiente:

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

2.- Como recordábamos en el apartado 137 de la citada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, los requisitos para que una cláusula sea considerada como condición general de la contratación son:

i) Contractualidad, esto es, que haya sido redactada para ser incorporadas un contrato

ii) Predisposición, siendo indiferente que su autor sea el empresario o profesional que lo utiliza en la contratación o un tercero.

iii) Imposición, porque la incorporación de la condición general al contrato se haya producido por obra exclusivamente de uno de los contratantes, el empresario o profesional.

iv) Generalidad, por estar destinada a una pluralidad de contratos.

3.- Es claro que la cláusula suelo está incorporada a un contrato, y desde ese punto de vista, se cumple el requisito de la contractualidad. La objeción consistente en que dicha cláusula viene impuesta por una norma imperativa será tratada en el siguiente fundamento.

Respecto del segundo requisito, el de la predisposición, además de lo expuesto sobre su notoriedad, no existe realmente objeción sobre su concurrencia. Se reprocha a la Audiencia no haberse pronunciado al respecto, pero carece de sentido justificar lo que es obvio. En todo caso, el propio recurrente reconoce que utiliza "textos estandarizados" en sus contratos que incluyen tal cláusula.

4.- El cuarto requisito, de la generalidad, es en realidad innecesario a los efectos que aquí interesan por cuanto que para que pueda realizarse el control de abusividad de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor basta que no haya sido negociada individualmente (art. 82.1 y 2 TRLCU), sin que sea imprescindible que tenga el carácter de condición general de la contratación en el sentido de que sea utilizada de un modo general en la contratación, pues puede encontrarse en un contrato de adhesión que no tenga un uso generalizado.

En todo caso, resulta notorio que este tipo de cláusulas son utilizadas de modo general por las empresas y profesionales de estos sectores de la contratación (de hecho, la redacción de esta cláusula es la de una de las condiciones generales de la contratación que fue objeto de la acción colectiva sobre la que versó nuestra sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo).

No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores (sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , apartado 149). Pueden existir varios modelos de cláusulas que se utilicen en los diversos contratos, por variadas razones.

5.- Los argumentos de más peso son utilizados por el recurrente para impugnar la concurrencia del requisito de la imposición.

El argumento de que es necesario que el consumidor no haya podido eludir su aplicación, sin que baste una actitud meramente pasiva, no puede admitirse. Sin necesidad de valorar ahora el acierto o desacierto de las declaraciones realizadas en su día en la sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 1996 (recurso núm. 3930/1992) que el recurrente reproduce en su recurso, las mismas no pueden mantenerse tras la Directiva 1993/13/CEE y la normativa interna que la transpone, y así ha sido declarado en nuestra sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , apartado 149, al afirmar: « Más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción "[a] los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate" -lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992 , en el sentido de que "[se le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva". En definitiva, la norma vigente, fruto de la transposición de

la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que a ellas se refieren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente" ».

Y añade en el apartado 151:

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

...

8.- La tesis mantenida en el recurso sobre esta cuestión, según la cual estas características de la demandante supondrían que la cláusula suelo había sido negociada o, al menos, que la demandante, por su formación y experiencia financiera, no podía pretender que la cláusula fuera anulada por ser abusiva, no puede admitirse.

BBVA, en su recurso, concibe el requisito de la imposición bien como una compulsión absoluta a contratar con base en ese condicionado general, lo que exigiría que el oferente tuviera una posición monopolística en ese sector del mercado y existiera una absoluta inevitabilidad de contratar con el mismo, lo que ya rechazamos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, bien como un aprovechamiento por parte del profesional o empresario de la falta de formación, de la exclusión del adherente de los comportamientos de consumo habituales en una sociedad de las características de la nuestra, de modo que si el consumidor tuviera una cierta formación, un empleo estable, un sueldo mínimo, y hubiera contratado unos productos bancarios y de ahorro básicos, ya no concurriría el requisito de la imposición. Tampoco esta tesis es correcta.

9.- Hay "imposición" de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE . No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. Así lo declaramos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , apartado 150.

10.- Que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general. La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en los mismos una situación de desvalimiento o ignorancia. Y el empleo de condiciones

Javier Viaña

generales, como se ha visto, es propio de la contratación en masa de bienes y servicios de uso común, sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas.

En lo que se refiere a la exigencia de que las condiciones generales no causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones contrario a la buena fe, no resulta económica ni socialmente eficiente que el consumidor haya de adoptar sus opciones de consumo mediante un examen minucioso y una comparación entre los diversos condicionados generales de los contratos. Lo eficiente y lógico es que la atención del consumidor se dirija a valorar la prestación que se le ofrece y el precio que se le exige por ella. Por eso el ordenamiento jurídico exige que las cláusulas que regulan los elementos esenciales sean especialmente transparentes, para que el consentimiento contractual que se preste sea plenamente informado, al ser la prestación (en sus aspectos fundamentales) y el precio los elementos básicos que determinarán la opción del consumidor y sobre los que prestará su pleno consentimiento. Respecto del resto del condicionado general, referido a otros elementos secundarios, lo determinante es que el contrato predispuesto respete el equilibrio de derechos y obligaciones que el consumidor tiene derecho legítimamente a esperar, sin necesidad de que el consumidor haya de realizar un examen concienzudo de las mismas y, sobre todo, sin considerar que la opción del consumidor vendrá determinada por el contenido de esas otras condiciones generales que no afectan a los elementos esenciales del contrato, porque sería contrario a la lógica y a criterios de eficiencia social y económica.

Ello no significa que el resto de condiciones generales, las que regulan aspectos accesorios del contrato, no hayan de ser también transparentes, en el sentido indicado. Pero, lógicamente, la exigencia de transparencia será más acusada mientras más trascendencia tenga la cláusula en la economía del contrato y en las consecuencias de orden jurídico y económico que supongan para el adherente.

11.- La "imposición" de las condiciones generales que integran el contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, de entre las diversas empresas y profesionales que actúan en el mercado, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre (ahí es donde incide la garantía de la intervención notarial) y otra identificar tal consentimiento, aun intervenido notarialmente, en el contenido del contrato con la previa existencia de negociación individualizada del mismo que excluya el control de abusividad.

DÉCIMO.- Decisión de la Sala (II). La existencia de una regulación sectorial de la contratación bancaria no excluye el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran los contratos bancarios celebrados con consumidores

1.- El recurrente considera que la existencia de una disposición legal o

administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria a este tipo de contratos bancarios, que en este caso sería la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, a la que se ajustaría la cláusula utilizada por BBVA, excluye el carácter de condición general de la cláusula suelo.

2.- Esta cuestión también fue abordada en nuestra sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo . Basta con remitirnos a lo que en ella declaramos:

« 175. En este sentido, la STS 75/2011, de 2 de marzo, RC 33/2003 , declara que la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 [Ley de Condiciones Generales de la Contratación] a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general.

» 176. Así lo dispone el artículo 2.2 de la propia OM, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería, afirma la expresada STS 75/2011, de 2 de marzo , "una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor".

» 177. En el ámbito nacional la Exposición de Motivos de la LCGC advierte que del ámbito objetivo de aplicación de la norma se excluyen ciertos contratos, de tal forma que "[tampoco se extiende la Ley - siguiendo el criterio de la Directiva- a aquellos contratos en los que las condiciones generales ya vengán determinadas [...] por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes. Conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en la Ley 26/1984, que ahora se modifica", pero cuando no se trata de contratos excluidos no dispone que determinadas condiciones dejan de serlo por razón de su contenido.

»2.2. Conclusión.

»178. Debe ratificarse lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que "[la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de 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" » .

3.- Por tanto, la existencia de esa normativa sectorial solo puede significar la existencia de unos requisitos añadidos a los establecidos con carácter general en la contratación con los consumidores mediante cláusulas no negociadas, cuando tal

contratación se realiza en el sector bancario. Pero dicha normativa no exige que en los contratos de préstamo hipotecario se incluyan cláusulas suelo ni que se incluyan con esa concreta redacción; no excluye, como se verá, que se facilite otra información más adecuada al cliente (o que la información facilitada lo sea de una manera más adecuada), ni que su simple observancia pueda excluir la abusividad de la cláusula por falta de transparencia, como ya declaramos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo.

UNDÉCIMO.- Decisión de la Sala (III). Las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales de la contratación ni quedan excluidas de la normativa sobre cláusulas abusivas

1.- El recurrente considera que la sentencia de la Audiencia infringe el art. 4 de la Directiva 1993/13/CE al calificar la cláusula suelo como condición general de la contratación. Considera que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no pueden ser consideradas condiciones generales de la contratación, pues estas se refieren por naturaleza a cuestiones accesorias de los contratos.

2.- Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.

Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, caso "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos". La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación "contra proferentem" (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del "Burgerlijk Wetboek" (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las "prestaciones esenciales", que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que el Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem"), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales).

Con posterioridad, el apartado 32 de la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Cajamadrid , consideró que el art. 4.2 de la citada Directiva no define el

Abogado

ámbito de aplicación material de la Directiva, y que las cláusulas contempladas en dicho precepto (las que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra) están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva.

También la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo, consideró que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato tenían la consideración de condición general cuando reunían los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

3.- Cuestión distinta es si las condiciones generales que regulan los elementos esenciales del contrato son susceptibles de control de abusividad en términos diferentes del resto de condiciones generales, lo que se analizará al resolver el motivo siguiente.

DUODÉCIMO.- Formulación del segundo motivo de casación

1.- El segundo motivo de casación se encabeza con el siguiente epígrafe: « Al amparo del artículo 477.1 LEC.- Infracción de las normas contenidas en los artículos 82 y 87 TRLGDCU, el art. 38 CE, el art. 315 Código de Comercio, y en las órdenes ministeriales de diciembre de 1989 y de 5 de mayo de 1994, aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso ».

2.- En este motivo, el recurrente impugna que la Audiencia haya apreciado la nulidad de la cláusula suelo por falta de equilibrio y proporcionalidad, mediante la comparación de la cláusula suelo con la cláusula techo, pues no existe norma que exija tal proporcionalidad ni reciprocidad.

Alega asimismo que la Ley 2/1994, de 30 de marzo, permitió que el prestatario se desvinculara del contrato y eludir de este modo la cláusula suelo.

Añade el recurrente que la función de la cláusula suelo sería la de evitar que la evolución de los costes de refinanciación haga incurrir en pérdidas a las entidades bancarias que hayan concertado préstamos a interés variable. Es válida la previsión solo de suelo o solo de techo. Además, no existen elementos para afirmar la existencia de esa desproporción a que hace referencia la sentencia, dada la distinta finalidad de una y otra cláusula. La reciprocidad en el contrato habría de valorarse en relación a las prestaciones de cada parte, no entre los elementos de una misma prestación.

DÉCIMO TERCERO.- Decisión de la Sala. El control de abusividad de la cláusula suelo

1.- El préstamo hipotecario concertado por la demandante con BBVA establecía un interés del 2,75% anual (TAE 3,926%) durante los primeros seis meses, pasados los cuales se revisaría, utilizándose como tipo de referencia el euríbor hipotecario BOE al que se añadiría un diferencial de 0,60 puntos porcentuales. Pero, se añadía en la cláusula impugnada, « en todo caso, aunque el valor del índice de

referencia que resulte de aplicación [cuilbon] sea inferior al dos con veinticinco (2,25%) por ciento, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto [en este caso, 0,60], determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés" [...] El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al quince (15) por ciento nominal anual ».

2.- La aplicación de la citada cláusula suelo suponía que, habiéndose contratado un préstamo a interés variable, tras el primer periodo semestral, el interés remuneratorio no podría bajar, e incluso había de ser superior al previsto para ese primer periodo (un 2,75% anual nominal), pues no podría bajar del 2.85% anual nominal (2.25% más 0,60%). Más adelante, al haber contratado la demandante otro producto con BBVA que determinaba una reducción del diferencial desde el 0,60 al 0,40%, el interés no podría bajar del 2.65%. Vemos la influencia directa que tiene dicha cláusula en la determinación del interés remuneratorio (esto es, del precio) desde los primeros momentos de vida del préstamo

Tal como afirmábamos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y, por tanto, define el objeto principal del contrato.

3.- Aunque el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE establece una excepción al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece tal Directiva (así lo declaran las SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, apartado 42 ; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, apartado 49 ; y de 23 de abril de 2005, asunto C-96/14 , apartado 31), la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Cajamadrid , declaró que los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 1993/13/CEE no se oponen a una normativa nacional que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible. El art. 8.bis, introducido por la Directiva 2011/83/UE , confirma esta posibilidad.

Pero en nuestro Derecho interno, sin perjuicio de previsiones específicas que determinan en ciertos supuestos el precio máximo por un determinado bien o servicio, o las características que deben reunir determinadas prestaciones, el legislador no ha hecho uso con carácter general de esta posibilidad. Así lo entendimos en las sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio, y 241/2013, de 9 de mayo.

La citada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, sobre la base de la redacción dada por la Ley 7/98 al art. 10.bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , actualmente art. 82 TRLCU, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones" (que identifica con el objeto principal del contrato) a que se

refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria de la forma que no cabe un control del precio. El control del equilibrio de las "contraprestaciones" de la redacción originaria fue sustituido por el de "los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

En este sentido, la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , declara (y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica) que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control.

Por tanto, no existiendo una previsión legal relativa al equilibrio o la proporción que deban guardar las cláusulas "suelo" y "techo", y que fije los criterios conforme a los cuales pudiera apreciarse tal desequilibrio, no puede declararse la nulidad por abusiva de la cláusula suelo por consideraciones relativas a tal desproporción falta de equilibrio.

4.- Aunque la sentencia de la Audiencia Provincial recogió como uno de los motivos de impugnación del recurso de apelación el del desconocimiento por la demandante de la existencia de la cláusula suelo y de sus efectos en el contrato, en realidad la estimación del recurso de apelación no se debió a la estimación de este motivo, sino del relativo a la falta de equilibrio y proporcionalidad entre el suelo y el techo.

Por tal razón, el recurso de casación ha de estimarse. Pero tal estimación supone que la sentencia de la Audiencia Provincial haya de ser casada y que esta Sala, asumiendo la instancia, resuelva el otro motivo en el que se basó fundamentalmente el recurso de apelación, puesto que el mismo, pese a ser mencionado al resumir el recurso de apelación, no fue abordado por la sentencia de la Audiencia Provincial, a la que bastó la consideración de la pretendida falta de proporcionalidad y equilibrio de la cláusula que incluía el "suelo" para declarar su abusividad.

Asunción de la segunda instancia

DÉCIMO CUARTO.- La cláusula suelo es abusiva por falta de transparencia

..

Por tanto, al casar la sentencia recurrida y asumir la instancia como tribunal la apelación, esta Sala debe entrar en el otro motivo en el que la demandante basó fundamentalmente su recurso de apelación, como es la falta de información, conocimiento y entendimiento de la cláusula suelo, pues, de no hacerlo incurriría, en incongruencia omisiva.

3.- En la sentencia núm. 241/2015, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, también afirmamos que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones, no obsta a que el sistema las someta al doble control de transparencia (apartados 198 y siguientes de dicha sentencia).

Este doble control consiste en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo ». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, « la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato ».

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio

de abusividad (« la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Así lo hemos declarado también en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo.

4.- En el ámbito de la Unión Europea, la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que « la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical » (apartado 71), que « esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva » (apartado 72), que « del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo ».

Y la más reciente STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove , tras declarar en su apartado 41 que a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él, condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que « la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para

Javier Viaña

él».

Abogado

5.- En el presente caso, la decisión ha de adoptarse en base a los criterios de transparencia que se formularon en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como concreción de las exigencias de la normativa nacional y comunitaria. Tales criterios integran la parte sustancial de la doctrina jurisprudencial sentada en dicha sentencia y confirmada por las posteriores núm. 138/2015, de 24 de marzo, y núm. 139/2015, de 25 marzo, que como tal doctrina jurisprudencial es aplicable no solamente a las cláusulas suelo objeto de tales procesos, sino a todas las que constituyan cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, de modo que permite a las entidades financieras y a los consumidores valorar en cada caso si las cláusulas suelo incluidas en los contratos de préstamo hipotecario concertadas entre los mismos superan o no el control de transparencia.

En el caso aquí enjuiciado, concurren todas las circunstancias que llevaron a que en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, declaráramos la abusividad de las cláusulas suelo cuestionadas, por falta de transparencia, y que son:

« 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 BBVA.

»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.

»f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad » .".

Esta doctrina se reitera en sentencias posteriores, en cuanto al significado del control de transparencia, como la sentencia del Pleno de 3 de junio de 2016

" 2.- Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al

adherente medio. Es decir, que provoca una situación, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que da lugar en general, no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (sentencias de esta Sala núm. 406/2012, de 18 de junio ; 827/2012, de 15 de enero de 2013 ; 820/2012, de 17 de enero de 2013 ; 822/2012, de 18 de enero de 2013 ; 221/2013, de 11 de abril ; 241/2013, de 9 de mayo ; 638/2013, de 18 de noviembre ; 333/2014, de 30 de junio ; 464/2014, de 8 de septiembre ; 138/2015, de 24 de marzo ; 139/2015, de 25 de marzo ; 222/2015, de 29 de abril ; y 705/2015, de 23 de diciembre).

Como recordamos en la sentencia núm. 705/2015, de 23 de diciembre , ya dijimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo , y 138/2015, de 24 de marzo , que este doble control de transparencia consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato: «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Doctrina reiterada en las sentencias posteriores de 18 y 20 de enero de 2017.

Desde esta perspectiva jurídica coincidente con la de la sentencia de instancia y valorada la prueba practicada es obvio que concurren razones para declarar la abusividad de la cláusula suelo o de limitación del interés variable, ya que:

a.- sin duda estamos ante una condición general de la contratación impuesta a unos consumidores, pues está incorporada a un contrato, es predispuesta y se impone por la demandada a los actores, no pudiendo decirse que fuera negociada ni por el hecho de que los mismos decidieran subrogarse en el préstamo del promotor cuando en él no hay cláusula suelo (escritura pública de fecha 27 de junio de 2001, f. 198 y ss, la demandada requerida no aporta su modificación de 2003) y su introducción en el contrato de autos es una modificación de aquél, ni por el hecho de que se hubiera firmado la oferta vinculante que la demandada dice es la aportada como doc. nº 3 de la contestación, respecto de la cual el Sr. Prieto reconoce su firma en la última hoja (minuto 5,44 y ss Cd nº1), pues de su lectura, y teniendo en cuenta lo declarado por los empleados de la demandada, el Sr. Pérez y la Sra. Riaño. quienes intervienen en la financiación de las viviendas de esa cooperativa, aunque no recuerdan el caso concreto de autos, aquella se da cuando ya se produce el acuerdo entre las partes y se va a plasmar en la escritura pública (Sr. Pérez, minuto 18,08 y ss y 18,32 y ss Cd nº1 y Sra.

Javier Viaña

Riaño, minuto 37,11 y ss Cd nº1), se infiere que en este punto la misma no es clara cuando su parte final se refiere a la **limitación de tipos de interés aplicable: El tipo de interés nominal anual mínimo aplicable será del 2, .."** y se incluye en un apartado en el que se dice **" 3 bis TIPO DE INTERÉS VARIABLE"**, cuando lo que con ello se hace es fijar un tipo de interés mínimo a abonar.

Es más ese carácter generalizado se infiere de las propias sentencias que cita la parte apelante en su escrito de interposición del recurso de apelación como dictadas por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial (sentencia de 1 de marzo de 2016 y 6 de mayo de 2015), en relación con otros préstamos hipotecarios sobre viviendas de la misma promoción que la de autos, las cuales declaran nula esta cláusula, lo que, en cierto sentido, en su declaración reconocen el Sr. Pérez (minuto 14,33 y ss Cd nº1) y la Sra. Riaño (minuto 27,37 y ss Cd nº1) cuando insisten en que se explica la misma siempre y se comprueba su inclusión en las copias de escrituras de otros propietarios-prestatarios otorgadas el mismo día (f. 142 y ss)

b.- estando ante una cláusula no negociada la cláusula suelo pese a que por razones obvias es relevante para del precio del contrato al incidir sobre el interés remuneratorio, y si bien en cuanto a su redacción, esto es gramaticalmente, es comprensible en la medida en que se indica que el mismo no puede ser inferior al 2,85%, superando así el control de incorporación, sin embargo, resulta que no es transparente, y con ello no cumple el control adicional que se impone en los contratos con los consumidores, pues no puede decirse que los prestatarios han podido conocer en el momento de la contratación, con sencillez, tanto la carga económica que realmente supone el contrato celebrado, esto es la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de las prestación que se quiere obtener como la carga jurídica del mismo, es decir la definición clara de su posición jurídica en el contrato en relación con los elementos típicos del mismo como en la asignación o distribución de los riesgos de su ejecución o desarrollo, pues:

.- de la lectura de la cláusula controvertida, es evidente que la limitación del interés variable (suelo) se colocó al final de la misma, en un lugar secundario, entre un cúmulo de datos, esto es, tras el interés remuneratorio entre el 14 de abril de 2005 y el 4 de mayo de 2006 del 2,85% y su fórmula de cálculo, el sistema de variación de ese interés en función del índice de referencia y el diferencial cuya explicación ocupa en el documento su dos caras y media de la escritura y solo al final, sin ningún destacado especial se recoge el suelo del interés remuneratorio del préstamo, sin existencia de techo, cuando a lo largo del contenido de la cláusula se está haciendo referencia a un interés variable en el tiempo, el cual de repente se torna en fijo cuando por el juego de la fórmula de determinación del tipo de interés, éste resulte inferior al 2,85%.

.- la oferta vinculante (doc. nº 3 contestación) resulta cuanto menos confusa y errónea como reconocen la parte apelante y los propios empleados de la demandada, el Sr. Pérez (minuto 18,45 hasta 23,21 y ss Cd nº1) y la Sra. Riaño (minuto 37,11 a 38,45 y ss Cd nº1), pues no solo no contiene todos los datos ni se aportan todos los documentos a los que hace referencia como integrantes de la misma, como lo son los

Javier Viaña

anexos, sino que además si lo comparamos con lo pactado en la escritura pública es totalmente distinto, bastando a tal efecto comprobar lo que en aquella se dice:

"...

3ª INTERESES ORDINARIOS

El tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo será VARIABLE. Desde la fecha de formalización y ha... 04 de mayo de 2006, se aplicará un tipo de interés fijo del 2,850 %. A partir del 4 de mayo de 2006, el tipo de interés aplicable se determinará mediante la adición de un margen constante al tipo de interés de referencia, se... indica en la condición 3º BIS. Los intereses se devengarán diariamente sobre la sumas dispuestas y no reembolsa... El proceso de revisión del tipo de interés se llevará a efecto con periodicidad semestral.

A efectos informativos, la T. A. E. resultante es del 2,897 % y variará con las revisiones del tipo de interés.

3º BIS. TIPO DE INTERÉS VARIABLE

1. Definición del tipo de interés. Estará formado por la suma de un margen constante de puntos porcentuales.. tipo de interés de referencia.

2. Índice de referencia:

a) El pactado por las partes en hoja anexa, la cual forma parte de la presente oferta vinculante.

b) Aunque el tipo de interés de referencia corresponda a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta al préstamo objeto del contrato, no se efectuará ningún ajuste antes de calcular el tipo de interés aplicable.

c) El índice de referencia sustitutorio será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de adquisición de vivienda libre concedidos para los Bancos y publicado mensualmente en el B. O. E. como índice o referencia oficial definido en el apartado 1 del Anexo VIII de la Circular 5/94 del Banco de España.

3. Límite a la variación de tipo de interés aplicable: El tipo de interés nominal anual mínimo aplicable será del 2,..

4. Redondeos del tipo de interés aplicable: Si el tipo resultante no fuera múltiplo exacto de un cuarto de porcentual, se redondeará al múltiplo superior de dicho cuarto de punto.

5. Actualización del tipo de interés: Se producirá, en su caso, a instancia de parte.", con el contenido de la estipulación 1.4 de la escritura antes transcrita.

Abogado

.- los empleados de la demandada Sr. Prieto (minuto 13,35 y ss Cd nº1) y Sra. Riaño (minuto 27 y ss Cd nº1) no respaldan con la realidad la operación de autos, realizando en sus declaraciones manifestaciones genéricas sobre su modo de actuar, la información general que daban, la aclaración de dudas, y si bien hablan de simulaciones de escenarios, las mismas no se aportan.

Es más los anexos que se suponen que debían acompañarse a la oferta vinculante, según se deduce de su tenor y de las declaraciones de aquellos, no constan.

.- no se le realizó otra oferta de contratos de préstamos diferente, pues nada de ello ha probado la demandada, pese a lo cual el Sr. Prieto reconoce que consultó en otras entidades y entre ellas, la BBK, pero acude a la demandada porque las condiciones eran mejores al ampliar el capital prestado al 100% de la tasación sin pedir un préstamo personal que en aquella le exigían (minuto 3,22 y ss, 3,54 y ss y 4,13 y ss Cd nº1).

Esta ausencia de información precontractual, en la que insiste el Sr. Prieto en su interrogatorio en el acto de juicio, fue determinante para que los actores no pudieran hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula les suponía, en modo alguno, se palía por la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura, pues sin declaración sobre el modo de actuar del mismo por parte de los testigos quienes además actúan como apoderados de la entidad bancaria en su otorgamiento, mientras que el Sr. Prieto dice que ese día firmó mucha gente y que el acto duró 5 minutos sin advertencia alguna en este punto (minuto 8,32 y ss y 11,18 y ss Cd nº1), resulta que el Tribunal Supremo de manera reiterada en esta materia ha declarado que aquella no garantiza el control de comprensibilidad, como resume, con cita de tal doctrina jurisprudencial, la Audiencia Provincial de Álava, Sec. 1ª en su sentencia de 22 de setiembre de 2015:

".. Mantiene Caja Laboral que ese conocimiento existe en tanto que los notarios otorgaron la escritura y leyeron sus términos, haciendo constar que los firmantes comprendían lo suscrito. No hay duda de tal intervención notarial. Se trata, empero, de largas escrituras que se extienden en numerosos folios, de modo que las cláusulas pudieron pasar desapercibida como señala el § 212 de la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, al expresar que *"No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro"* (§ 212). Esa circunstancia se aprecia en ambas escrituras, en las que son numerosas las previsiones contractuales que distraen la atención de quien escucha la lectura y le dificultan percibir la importancia de la cláusula limitativa de la variabilidad del tipo de interés.

Sostiene al respecto la STS 8 septiembre 2014, rec. 1217/2013 , FJ 2º, apartado 9, que *"¿ no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo*

Abogado

cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación y formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de la cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del << interés variable >> del préstamo ". En este caso no consta que se informara precontractualmente de la existencia de las cláusulas, que se explicara cómo iban a operar, o cuáles serían sus consecuencias. No hay prueba sobre una efectiva negociación de sus importes, de que se hubiera facilitado oferta vinculante aunque no fuera preceptiva, o que de cualquier otro modo se hubieran facilitado datos que permitieran al cliente conocer de la existencia y funcionamiento de esta cláusula.

Por otro la intervención notarial, según tal jurisprudencia, no garantiza el control de comprensibilidad, como explica la STS 8 septiembre 2014, rec. 1217/2013 , FJ 2º, apartado 9, al indicar que "¿ sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública, y en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia ".

Cierto que al otorgarse la escritura no hubo objeciones, como alega la recurrente, cuando se pudieron oponer, pero ese dato tampoco decisivo. Dice la STS 24 marzo 2015, rec. 1765/2013 , al final del FJ 5º.3, que "la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada ".

En definitiva acontece en este caso lo que explica el ATS de 3 junio 2013 , § 17, es decir, que "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 ". El cliente creyó estar suscribiendo unos préstamos con garantía hipotecaria de interés variable, pero la realidad fue otra."

Lo expuesto junto con lo razonado en la sentencia de instancia determina que

Javier Viaña

Abogado

estemos ante una cláusula abusiva y por ello, para considerar que el cliente no conoció que había un elemento fundante para tomar su decisión, cuál era la limitación de la variabilidad del tipo de interés, no superando ese segundo control de transparencia, basado en la correcta comprensión de la previsión discutida, y cuyos estándares han dispuesto tanto la ley como la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

B.- La nulidad de la cláusula de tipo de referencia sustitutorio: La declaración de abusividad

No siendo un hecho controvertido que se trata de una cláusula contractual que puede someterse a control en los mismos términos que la cláusula suelo, es evidente, conforme se ha razonado al analizar esta última, que asiste razón a la parte actora cuando considera que como índice de referencia optó de los posibles, por el Euribor más 0,50% (minuto 4,13 y ss y 5,06 y ss Cd nº1) desconociendo cualquier referencia al otro índice (BTP) (minuto 12,25 y ss Cd nº1), pese a lo cual en la escritura pública no es ello lo que se recoge, pues se pacta la aplicación del 85% del índice de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH) y como sustitutivo de éste el Euribor más 0,60% (doc. nº 1 demanda).

Es más la propia oferta vinculante avala la tesis del actor, tal y como reconocen los testigos, el Sr. Pérez (minuto 18,45 a 23,21 y ss Cd nº1) y la Sra. Riaño (minuto 30,33 a 38,45 y ss Cd nº1), a lo que se une que en cualquier caso aquella no es clara tampoco al faltar datos, como ya se ha razonado ya que no se sabe el margen constante, no se aporta los anexos explicativos del índice pactado que ha de colegirse que lo fue el Euribor, si es que el sustitutorio lo fue el índice de referencia de los préstamos hipotecarios... todo lo cual demuestra que estamos ante una condición general de la contratación, pues las opciones aunque elija el cliente las impone el Banco, por lo que no puede hablarse de cláusula negociada, y si bien aparentemente se sabe que es un % más el tipo de referencia lo cual es comprensible gramaticalmente, es evidente que no supera el control de transparencia, cuando a los clientes se les informa de una cosa, se acuerda ésta entre las partes, si bien faltan datos al respecto como el porcentaje a incrementar con el tipo de referencia (el Sr. Prieto se refiere al 0,50 %) y en la escritura se recoge algo totalmente distinto, cuando el control de la redacción de las escrituras y su remisión a la notaría lo es de la entidad bancaria, no constando que se entregara un copia previa para su lectura a los actores, por lo que estamos ante una cláusula nula por abusiva.

Lo expuesto conlleva la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución recurrida

TERCERO.- En relación a las costas procesales de esta alzada, dada la desestimación del recurso de apelación procede su imposición a la parte apelante (art. 398 nº 1 LECn.).

CUARTO.- La desestimación del recurso de apelación, conlleva de conformidad con lo dispuesto en el apartado 9 de la Disposición Adicional

Javier Viaña

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia
Administrazioaren Ofizio Papera

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco

Decimoquinta de LOPJ en la redacción dada por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, la pérdida del depósito constituido a efectos de costas será transferido por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia a la cuenta de depósitos de recursos desestimados.

VISTOS los preceptos legales citados en esta sentencia y en la apelada, y demás pertinentes y de general aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Ors Simón, en nombre y representación de Banco Popular Español, S.A., contra la sentencia dictada el día 21 de junio de 2016 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Barakaldo, en los autos de Juicio Ordinario nº 251/16 a que este rollo se refiere; debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Devuélvanse los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia para su cumplimiento.

Transfírase por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia el depósito constituido a la cuenta de depósitos de recursos desestimados.

Contra la presente resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También, en caso de interponerse aquél, podrán interponer recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesario la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 4738 0000 00 037716. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Javier Viaña

Abogado

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Sra. Letrada de la Administración de Justicia certifico.