



Roj: **SAP SA 289/2016 - ECLI: ES:APSA:2016:289**

Id Cendoj: **37274370012016100289**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2016**

Nº de Recurso: **295/2016**

Nº de Resolución: **291/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO VEGA BRAVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SALAMANCA

SENTENCIA: 00291/2016

N10250

GRAN VIA, 37-39

Tfno.: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34

N.I.G. 37274 42 1 2015 0004193

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000295 /2016

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.1 de SALAMANCA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000428 /2015

Recurrente: Arcadio , Loreto , Efrain

Procurador: LAURA NIETO ESTELLA, LAURA NIETO ESTELLA , LAURA NIETO ESTELLA

Abogado: **AITOR MARTIN FERREIRA**, **AITOR MARTIN FERREIRA** , **AITOR MARTIN FERREIRA**

Recurrido: BANCO CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA

Procurador: MARIA PILAR HERNANDEZ SIMON

Abogado: EDUARDO CALVO PEREZ

SENTENCIA NÚMERO: 291/2016

ILMO. SR. PRESIDENTE:

DON JOSE ANTONIO VEGA BRAVO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DON JUAN JACINTO GARCIA PEREZ

DOÑA CARMEN BORJABAD GARCIA

En la ciudad de Salamanca a quince de junio de dos mil dieciséis.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el **JUICIO ORDINARIO N° 428/2015** del Juzgado de Primera Instancia N° 1 de esta Ciudad, **Rollo de Sala N° 295/2016**; han sido partes en este recurso: como demandante-apelante **DON Arcadio** , **DOÑA Loreto** y **DON Efrain** representado por la Procuradora Doña Laura Nieto Estella y bajo la dirección del Letrado Don **Aitor Martín** Ferreira y como demandada-apelado **BANCO CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A.** representada por la Procuradora Doña Pilar Hernández Simón y bajo la dirección del Letrado Don Eduardo Calvo Pérez.



ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 19 de febrero de 2016 por la Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de esta Ciudad, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: "FALLO: Desestimo la demanda interpuesta por D. Arcadio , D. Efrain y Doña Loreto frente a Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, absolviendo a ésta de las pretensiones deducidas en su contra.

Las costas procesales se imponen a la parte actora.

2º.- Contra referida sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada concediéndole el plazo establecido en la Ley para interponer el mismo verificándolo en tiempo y forma, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando, dicte sentencia favorable a la parte recurrente, en los términos expresados en el suplico del escrito de demanda y que se tiene aquí por reproducido.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado para terminar suplicando, se dicte sentencia confirmando íntegramente la de instancia con imposición de costas a la contraparte.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo y se señaló para la **votación y fallo** del presente recurso de apelación **el día 8 de junio de 2016** , pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JOSE ANTONIO VEGA BRAVO**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora fundamento su recurso de apelación en primer lugar en la indebida denegación de la petición de suspensión del procedimiento hasta la resolución por el TJUE de la cuestión prejudicial pendiente sobre la interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/ CEE del Consejo, de 5 abril 1993 , en relación con los efectos restitutorios de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula suelo; asimismo se alegó el error en la valoración de la prueba con infracción de los artículos 209 , 217 , 218 , 316 , 319 , 326 , 376 , 385 , 386 y 459 de la LEC , ya que sobre la base de las pruebas practicadas en autos es claro que no se cumplió el deber de información por la entidad demandada; sin que la cláusula en cuestión cumpla los requisitos de transparencia, sencillez y claridad, habiéndose infringido los artículos 3.1 de la Directiva 93/13, 5.5 , 7 y 8.2 LCGC, 80.1 y 82.1 TRLCU, y la Ley 41/2007, de 7 de Diciembre de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero; en tercer y último lugar se alegó el error de derecho e infracción del artículo 394 LEC sobre la imposición costas, que deben serlo a la parte demandada con estimación de la demanda.

La entidad demandada se opuso a dicho recurso.

SEGUNDO.- De entrada hemos de señalar que la suspensión del presente procedimiento solicitada por la parte actora-apelante a juicio de esta sala debe posponerse, en su caso, al posterior proceso de ejecución de sentencia, puesto que el objeto principal del presente proceso declarativo ordinario, la declaración de nulidad la cláusula suelo/techo estipulada por las partes, en nada se ve afectado por la cuestión prejudicial pendiente ante el TJUE. De suerte que, en caso de declararse nula la cláusula en cuestión, el cumplimiento de la parte condenatoria del objeto de este proceso, que se contiene como petición principal y subsidiaria, respectivamente, en los números 2 y 3 del suplico de la demanda, la cual sí se ve ciertamente afectada por la citada cuestión prejudicial pendiente, puede perfectamente llevarse a cabo en el posterior proceso de ejecución voluntaria o forzosa de la presente sentencia, según el resultado en un sentido o en otro de dicha cuestión prejudicial.

TERCERO.- Así las cosas, es preciso indicar inmediatamente que la solución del conflicto objeto del presente juicio exige partir necesariamente de la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, de 9-5-2013, nº 241/2013, rec. 485/2012 . Pte: Gimeno- Bayón Cobos, Rafael. De la que interesa destacar según el Auto de aclaración del TS del 3 de junio de 2013 el perfecto conocimiento de la cláusula, de su transcendencia 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. Esto es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios.

El auto de aclaración antes referido, determina 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 otro requisito.

También refiere que el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado 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 la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia.

En igual sentido, la STS, Civil sección 991 del 24 de marzo de 2015 (ROJ: **STS 1279/2015** - ECLI:ES:TS:2015:1279), Sentencia: 138/2015 | Recurso: 1765/2013 | Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA, señaló: " **1.- Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución.** Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las 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, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo", puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre.

2.- La recurrente alega que este control de transparencia carece de base jurídica y responde al mero voluntarismo de la Sala, pues no tiene anclaje en ninguna norma, nacional o comunitaria europea, ni en la jurisprudencia del actualmente denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

La Sala no comparte esta apreciación de la recurrente.

3.- El **art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores**, establece que « la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible ».

La sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, 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 (EDL 2007/205571)** en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, 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. Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, 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.

Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, 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 (EDL 1889/1)** 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 real 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 -en adelante, LCGC) (EDL 1998/43305). **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.**

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.

4.- La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE , y citaba a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11 , caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer « de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste ».

5.- La STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13 , en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, 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 » (párrafo 71), que

« esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva » (párrafo 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 » (párrafo 73), y concluir en el fallo que « el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo ».

Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , cuyo párrafo 74 declara: « de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282 , apartado 73) » .

6.- Lo expuesto lleva a la desestimación de este motivo del recurso. La Sala, en la sentencia núm. 241/2013 , no ha realizado una labor de "creación judicial del Derecho" que exceda de su función de complemento del



ordenamiento jurídico que le asigna el **art. 1.6 del Código Civil (EDL 1889/1)**, sino que ha interpretado la **normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE (EDL 1993/15910)**, tal como esta ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE".

En definitiva, como recientemente dijimos en la SAP Salamanca 273/16 , de 7 de Junio de 2016 , podemos concluir las presentes consideraciones previas añadiendo que el estado de la cuestión siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo se asienta en los siguientes presupuestos jurídicos:

1. El hecho de que esta cláusula se refiera al objeto principal del contrato no es obstáculo para que sea calificada como una condición general de la contratación, ya que éstas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el contrato.

2. El conocimiento de la cláusula no se asimila a su consentimiento al tratarse de un requisito previo necesario para que la cláusula quede incorporada al contrato y determine su carácter obligatorio.

3. No se excluye la consideración de condiciones generales por el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial, ni implica la condición de cláusula negociada individualmente la prestación del consentimiento cuando el consumidor no ha podido influir en su supresión o en su contenido, ni la posibilidad de escoger na pluralidad de ofertas contractuales sometidas a condiciones generales de la contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

1.-La carga de la prueba de la negociación individual de la cláusula recae sobre el predisponente.

2.- La sentencia de 8 de septiembre de 2014 se aparta de la anterior de 9 de mayo de 2013, porque no se refiere a un doble filtro de transparencia únicamente aplica el control de transparencia real -segundo filtro de transparencia según la sentencia de 9 de mayo-, por lo que sigue el camino iniciado por la pionera STS nº 406/2012, de 18 de junio de 2012 , que declaró que la cláusula que regula el interés remuneratorio, en tanto que afecta al objeto principal del contrato de préstamo, no podía ser declarada abusiva aunque si debía superar el control de transparencia, en orden a una adecuada comprensibilidad de la cláusula.

3.- La contratación bajo condiciones generales de la contratación se configura como un fenómeno de la contratación en masa, conceptualmente diferente al contrato por negociación. En este contexto, el fundamento del control de transparencia no es tanto garantizar la validez del consentimiento del adherente, desde el plano del error vicio, como la de garantizar el cumplimiento por parte del predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual, que en contraposición a la asimetría inicial y evidente en la posición inicial de las partes, cumplan con un necesario equilibrio contractual y una necesaria comprensibilidad real y no meramente gramatical o literal de la reglamentación predispuesta de contratar diferenciado de la contratación por negociación.

4.-El control de transparencia supone un **control de legalidad** destinado a comprobar que la cláusula contractual predispuesta garantiza la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato, de forma que el "consumidor **conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato (STS de 26 de mayo de 2024 (núm 86/2014) .**

5.- Este control **es ajeno del error vicio y, en consecuencia, a la validez del consentimiento otorgado** , ya que, por su escaso peso en la contratación seriada, diferenciada del contrato por negociación, su examen resulta irrelevante para la eficacia del fenómeno.

6.-El cumplimiento de este deber de transparencia se ha de verificar **en la propia reglamentación predispuesta y en la adecuada configuración de las cláusulas** y no en la verificación de un posible error en el consentimiento, Sin embargo, este enjuiciamiento no puede quedar reconducido o asimilado a un mero contraste interpretativo acerca de la claridad cláusula, sino que requiere, en palabras de la sentencia, "de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar **la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo del contrato**".

7.- La comprensibilidad real propia de este control debe inferirse del propio desarrollo interpretativo de la reglamentación predispuesta. 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.

CUARTO.- Pues bien , sobre la base de las doctrina contenida en las precedentes consideraciones previas, no cabe sino concluir que en modo alguno elimina el carácter abusivo de la cláusula objeto de juicio que esté avalada legalmente, y sea plenamente válida al amparo de la normativa aludida. Tampoco elimina dicha



declaración de abusividad el hecho de que en la escritura pública de hipoteca se diga que el consentimiento del prestatario haya sido informado y libremente prestado. Y, en fin, el carácter abusivo de dicha cláusula no depende del contenido de la misma, que como se desprende de la sentencia antes indicada es totalmente lícito, sino de su transparencia, claridad y del proceso de información que se haya llevado a cabo con respecto al consumidor hipotecado.

En efecto, conforme a la citada STS Pleno, el hecho de que dicha cláusula sea un elemento configurador del precio y del objeto del contrato, no determina que no nos encontremos ante una condición general de la contratación, ni tampoco que no pueda llevarse a cabo el control de su carácter abusivo, puesto que su naturaleza de condición general de la contratación deriva de la forma en que dicha contratación se haya llevado a cabo, de forma predispuesta y sin una negociación individual. Y aunque, como se dice en las citadas sentencias del T.S , al constituir dicha cláusula un elemento configurador del precio y del objeto del contrato, está excluida de su control como cláusula abusiva, ello no implica que dicho control no pueda llevarse a cabo en lo que se refiere al proceso de formación de la voluntad, fundamentalmente en lo que se refiere a la transparencia y claridad de su contenido.

Y a este respecto, la sentencia impugnada y la parte apelada hacen supuesto de la cuestión cuando afirman que la cláusula suelo objeto de juicio es transparente, no es oscura y proporciona una información suficiente y comprensible, puesto que se trata de una cláusula (la cláusula tercera bis) que ocupa nada menos que más de dos folios). Siendo aún mayor tal oscuridad en lo que a la oferta vinculante se refiere, cuya cláusula 3ª bis-al folio 41 de los autos- es ilegible para esta sala y para cualquiera. Cláusula, como se ha dicho, tan amplia y con tantas explicaciones que sin duda distraen la atención del consumidor, y la convierten en una cláusula que no parece propiamente que defina el objeto principal del contrato. Defecto al que también se refiere la citada STS para determinar la nulidad de cláusulas como la presente.

Cuya falta de transparencia, claridad, sencillez y concisión, no se ha acreditado tampoco que hayan sido suplidas por la información llevada a cabo por la entidad apelada, a quién, en efecto, no se olvide, corresponde la carga de la prueba de dicho hecho, el debido cumplimiento del deber de información al consumidor. Información que, por otra parte, los consumidores demandantes no consta que por su especial perfil inversor no necesitasen. En efecto, como con total acierto se denuncia por la parte actora en su recurso de apelación, en el presente caso se ha cometido un craso error desde el punto de vista de la valoración de la prueba y de la carga procesal de la parte obligada a llevar a cabo dicha prueba. Ya que la parte demandada, después de solicitar el interrogatorio de los tres demandantes, renunció a la declaración de dos de ellos, a la vista del resultado del interrogatorio del primero de los mismos. Ahora bien, los tres eran consumidores obligados por virtud del contrato objeto de juicio, y, por lo tanto, respecto de los tres estaba obligada la entidad bancaria demandada a acreditar que se había cumplido debidamente el deber de información respecto de la cláusula suelo objeto de juicio, cuya transparencia, claridad y sencillez, como ha tenido ocasión esta sala de decir ya numerosas veces, brilla por su ausencia. Por lo tanto, el cumplimiento del deber de información sobre la base o a partir de la prueba de interrogatorio, no puede afirmarse en absoluto en el presente caso respecto de los dos consumidores cuyo interrogatorio fue solicitado, y después renunciado por la parte demandada. Y en cuanto al consumidor demandante, don Efrain , cuyo interrogatorio sí que se llevó a cabo, tampoco cabe realizar una valoración sesgada del mismo como se hace en la sentencia impugnada, puesto que dicho señor también manifestó que no tenía conocimiento de tener incorporada al contrato una cláusula suelo, ni de las consecuencias que conllevaba tener incorporada la misma. En definitiva, la sentencia apelada cae en el error de hacer también supuesto de la cuestión a la hora de valorar el interrogatorio de dicho actor, puesto que parte el juzgador de instancia de que la cláusula en si se ha redactado con claridad, concreción y sencillez en la escritura, lo cual como se ha dicho no es en absoluto cierto. Y es a partir de esa claridad, concreción y sencillez de la cláusula que se supone por el juez de 1ª instancia, pero que no existe como hemos argumentado, como se concluye que el demandante interrogado comprendió perfectamente lo que se le dijo cuando se le informó del contenido de dicha cláusula. Pero no porque la información fuese suficiente, sino porque erróneamente se ha creído y se afirma que la cláusula es sencilla, clara y comprensible, cuando no lo es. Y menos aún para un consumidor como él señor don Efrain respeto del que se realizó el interrogatorio que analizamos, un hombre jubilado, con un perfil como cliente absolutamente conservador, de una edad actual de 75 años y con diversos problemas de salud, un hombre del ámbito rural al que la terminología financiera le es totalmente desconocida.

Y, en fin, si llevamos a cabo el análisis y valoración de dicha prueba de interrogatorio del único actor que fue interrogado, de una manera ponderada y conjunta con la declaración del director de la sucursal de la entidad demandada donde se celebró el contrato objeto de juicio, hemos de concluir, en efecto, que el deber de información en absoluto fue llevado a cabo de manera cumplida y adecuada. Puesto que dicho testigo, cuya valoración de sus declaraciones, de acuerdo con las reglas o pautas de la sana crítica o máximas de experiencias, como manda el artículo 376 LEC , obliga a tener en cuenta a los efectos de determinar su credibilidad, su especial vinculación con la entidad demandada de la que es empleado, de manera que las



manifestaciones contrarias a dicha entidad respecto del cumplimiento del deber información, deben tenerse como ciertas en tanto que no benefician, sino perjudican a la entidad a la que se haya tan vinculado; dicho testigo, decimos, manifestó que no podía determinar la evolución de los tipos, luego no le informó de tal evolución; asimismo, dijo que lo que sí podía determinar es el tipo máximo, que no sabía si era obligación de la entidad asegurarse de que todos los prestatarios estén informados o se dejaba en manos de uno de ellos que informe a los demás, así como que no es práctica habitual, sino que depende de lo que marca la ley cuando se firmaba el préstamo hipotecario objeto de juicio, que no se entregara a los clientes ninguna documentación, ni se les exigía firmar ningún documento para que quedara constancia de que tenían conocimiento de las condiciones de su préstamo hipotecario.

Todo ello quede dicho sin olvidar que el propio testigo citado reconoció que se hizo una propuesta de acuerdo privado para rebajarles el interés y bajar al tipo mínimo al 1,97%, propuesta que además se realizó en este caso por escrito como se desprende del documento número 5 sobre acuerdo privado ofrecido por la entidad demandada a fin de que no iniciara el procedimiento judicial.

En definitiva, la cláusula examinada carece de la transparencia exigida por la ley, según la citada sentencia del pleno Tribunal Supremo, por cuanto de la escritura pública se puede colegir la falta de información suficientemente clara acerca de las consecuencias de su inserción para el ejecutado, no existiendo simulaciones de escenarios diversos, ni constancia de que se informara de otras modalidades de préstamo de la propia entidad.

Tales deficiencias en modo alguno pueden considerarse suplidas por la declaración contenida en el contrato de adhesión recogido en la escritura pública objeto de juicio sobre que el consentimiento ha sido libremente prestado, el otorgamiento se adecua a la legalidad y la voluntad debidamente informada de los intervinientes y de todo lo consignado en este instrumento público. Toda vez que no consta que dicha manifestación contractual haya sido negociada individualmente con los aquí ejecutados, y dicha falta de prueba sobre el carácter negociado individual de tal cláusula obliga a presumir que se trata de una cláusula general más del contrato, que los consumidores no tuvieron más remedio que aceptar, una vez que tomaron la decisión de celebrar dicho contrato. Todo ello de acuerdo con las diferencias que la citada sentencia recoge sobre la contratación con condiciones generales de la contratación, como ocurre en los contratos de adhesión, de los que las entidades de crédito, como la aquí apelante, es un hecho notorio que son ávidas usuarias. Diferencias que permiten afirmar que tal contratación con condiciones generales de la contratación constituye un verdadero y auténtico nuevo modo de contratar, distinto del modo clásico en el que no sólo se toma la decisión de contratar, sino que también por cada una de las partes se delimita el concreto contenido de cada cláusula contractual.

En definitiva, como se dice, en la tantas veces citada STS, una cosa es que por referirse a un elemento configurador del precio y del objeto principal del contrato la cláusula suelo no pueda considerarse en sí misma como abusiva, y otra cosa es que no pueda ser sometida al control de transparencia, claridad y sencillez de su contenido. Control este último que en un caso como el presente desde luego no puede obviarse por el simple análisis de dicha cláusula, que como hemos visto carece de las condiciones de sencillez, de claridad y transparencia necesarias, dada su larga extensión y su contenido engañoso del verdadero resultado producido mediante la misma, que consiste en transformar a la postre un préstamo a interés variable, en un auténtico préstamo a interés fijo a la baja, a partir nada menos que del 3%. Dicho control de transparencia, sencillez y claridad exigiría, por tanto, conocer la verdadera información suministrada por la entidad bancaria a los ejecutados, respecto de la cual no existe prueba alguna en autos, habida cuenta de que dichos ejecutados han negado que se haya llevado a cabo con ellos ninguna información, y menos aún que ésta haya sido suficiente. Sin que, insistimos, podamos tampoco considerar innecesaria tal información en atención al perfil y circunstancias personales de dichos ejecutados, que no consta que sean expertos en ninguna cuestión financiera.

Procede, pues, estimar íntegramente el presente recurso de apelación, por las tan acertadas, como probadas razones alegadas por la parte apelante:- la ausencia de oferta vinculante o cualesquiera otro documento similar anexo a la escritura matriz de préstamo hipotecario;

-la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, así como la ausencia de información a la parte prestataria, con al menos 3 días hábiles anteriores al otorgamiento, de que el proyecto de escritura estuviese a su disposición en el despacho del notario para ser examinado;

- la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos hipotecarios de la propia entidad;

-la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable;



- la ubicación entre una abrumadora cantidad de datos, entre los que queda enmascarada la cláusula en cuestión, y que diluyen la atención de los consumidores demandantes;
- la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo, en este caso de un 8%;
- y, en fin, el incumplimiento tanto del derecho sustantivo, contenido entre otras disposiciones en las ya citadas Directiva 9/13 CEE TRLCU, LCGC y 41/2007 de fecha 10 diciembre, como de la también citada doctrina jurisprudencial de la sala primera del Tribunal Supremo y TJUE.

QUINTO.- Por aplicación del artículo 394.1 LEC , se imponen las costas de la primera instancia a la parte demandada, toda vez que, aunque se deje en suspenso la ejecución de la pretensión condenatoria principal y subsidiaria contenida en el suplico de la demanda, esta ha sido estimada sustancialmente, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la estimación sustancial de la demanda contenida entre otras en **la STS, Civil sección 1 del 14 de diciembre de 2015** (ROJ: **STS 5222/2015** - ECLI:ES: TS:2015:5222), Sentencia: 715/2015 | Recurso: 2833/2013 | Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN, según la cual "es doctrina constante de esta Sala que la infracción de las normas sobre costas procesales no es, en general, susceptible de recurso extraordinario por infracción procesal. Así, debe recordarse que no todas las infracciones procesales son controlables mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, ni en el régimen provisional regulado por la disposición final 16ª LEC ni en el más amplio del articulado (arts. 468 y siguientes) que tiene todavía pospuesta en parte su vigencia (vid. disp. final 16ª, apartado 2); además es imprescindible, amén del carácter recurrible de la sentencia, que la vulneración de la norma procesal sea incardinable en alguno de los motivos tasados del art. 469.1 LEC , en ninguno de los cuales tiene encaje adecuado la infracción de los artículos sobre costas, dado que el pronunciamiento relativo a estas no se regula en la ley procesal dentro de las normas sobre las resoluciones judiciales, arts. 206 a 215 , sino que es tratado en diferente Libro de la LEC (Libro II, Título I, Capítulo VIII, arts. 394 a 398 LEC), donde se establecen las disposiciones relativas a la condena en costas, que, evidentemente, no tienen cabida en el motivo segundo del art. 469.1 LEC , referido únicamente a normas reguladoras de la sentencia, ni tampoco en el motivo tercero del mismo precepto, atinente a normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad o hubiere podido producir indefensión. Obviamente, la falta de un motivo en que tenga encaje la vulneración de las normas sobre costas es razón bastante para considerar que el legislador ha optado por excluir del recurso extraordinario procesal la verificación de la aplicación de los preceptos correspondientes, incluso para el control del criterio objetivo, único que la jurisprudencia de esta Sala venía admitiendo como susceptible de fiscalización a través del recurso de casación bajo el régimen de la LEC de 1881, pues ya por entonces era reiterada la doctrina sobre la exclusión de toda revisión del criterio subjetivo, es decir, la concurrencia o no de circunstancias relativas a temeridad o mala fe (SSTS de 7 de abril de 2006, recurso 2804/1999 , 16 de mayo de 2008, recurso 530/2001 , y 6 de febrero de 2007, recurso 941/2000). Corrobora esta conclusión la explícita previsión del recurso de apelación relativo a las costas en el art. 397 LEC , de modo que la LEC ha optado por que la función de unificación que corresponde a los órganos jurisdiccionales no vaya más allá del ámbito de cada Audiencia Provincial mediante las resoluciones que dicten en grado de apelación; asimismo, esa expresa referencia al recurso de apelación en materia de costas, sin mención del recurso extraordinario, patentiza que sólo se contempla para el recurso devolutivo ordinario. Tales criterios han sido recogidos en numerosas resoluciones de esta Sala (SSTS de 10 de febrero de 2010, rec. 1975/2005 , 10 de diciembre de 2010 , rec. 680/2007, de 20 de abril de 2011 , rec. 2175/2007 , 28 de junio de 2012, rec. 198/ 2008 y 4 de febrero de 2015, rec. 657/2013 y en AATS 21 de octubre de 2008, rec. 515/2007 , 9 de diciembre de 2008, rec. 1295/2006 , 5 de octubre de 2010, rec. 2131/2009 , 14 de septiembre de 2010, rec. 1833/2009 , 7 de enero de 2014, rec. 2347/2012 , 11 de febrero de 2014, rec. 2162/2011 , 13 de mayo de 2014, rec. 1748/2013 , 2 de septiembre de 2014, rec. 2082/2013 , y 29 de abril de 2015, rec. 79/2014).

Esta regla solo se exceptúa, como declara la STS de 4 de febrero de 2015, rec. 657/2013 , en los supuestos en que se afecte al derecho fundamental a la tutela efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución por incurrir la sentencia impugnada en error patente, arbitrariedad o manifiesta irracionalidad. Fuera de estos casos, el pronunciamiento sobre costas pertenece al campo de la legalidad ordinaria. En similares términos la sentencia de 18 de julio de 2013, rec. 1791/2010 , declara que « siendo la imposición de costas una de las consecuencias o condiciones que pueden incidir en el derecho de acceso a la jurisdicción o que pueden actuar en desfavor de quien actúa jurisdiccionalmente, como sostiene la sentencia del Tribunal Constitucional 51/2009, de 23 de febrero , cabe controlar si la decisión judicial ha podido suponer la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la resolución judicial incurra en error patente, arbitrariedad, manifiesta irracionalidad o, en su caso, si resulta inmotivada (en el mismo sentido la referida sentencia 798/2010 de 10 de diciembre en relación con la eventual existencia de dudas de hecho o de derecho) ».....

La respuesta a esta cuestión ha de venir de los criterios de esta Sala en materia de costas:



1.- Nuestro sistema general de imposición de costas recogido en el art. 394 LEC se asienta fundamentalmente en dos principios: el del vencimiento objetivo y el de la distribución, también llamado compensación -aunque no es estrictamente tal-, que tiene carácter complementario para integrar el sistema. El sistema se completa mediante dos pautas limitativas. La primera afecta al principio del vencimiento, y consiste en la posibilidad de excluir la condena cuando concurren circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición (lo que en régimen del artículo 394 LEC tiene lugar cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho). Su acogimiento transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado. La segunda pauta afecta al principio de la distribución, permitiendo que se impongan las costas a una de las partes cuando hubiese méritos para imponerlas por haber litigado con temeridad. Por otro lado, la doctrina de los tribunales, con evidente inspiración en la ratio del precepto relativo al vencimiento, en la equidad, como regla de ponderación a observar en la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, y en poderosas razones prácticas, complementa el sistema con la denominada doctrina de la « estimación sustancial » de la demanda, que si en teoría se podría sintetizar en la existencia de un «cuasi-vencimiento», por operar únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido, en la práctica es de especial utilidad en los supuestos en que se ejerciten acciones resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del quantum es de difícil concreción y gran relatividad, de modo que, por razón de la misma, resulte oportuno un cálculo a priori ponderado y aproximado, con lo que se evitan oposiciones razonables por ser desproporcionadas las peticiones efectuadas y, además, se centra la reclamación en relación al valor del momento en que se formula, dejando la previsión de la actualización respecto del momento de su efectividad, a la operatividad de la modalidad que se elija de las varias que en la práctica son posibles (SSTS 9 de junio de 2006 y 15 de junio de 2007).

2.- El carácter sustancial de la estimación de la demanda ha sido apreciado por esta Sala en diversas resoluciones para justificar la imposición de costas a aquel contra el que la pretensión se ha estimado en sus aspectos más importantes cualitativa o cuantitativamente.

Como declara la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2008, recurso núm. 339/2001 , y reitera la de 18 de julio de 2013, « esta Sala en anteriores ocasiones ha estimado procedente la imposición de costas en casos de estimación sustancial de la demanda. Así, entre otras, en las Sentencias de 17 de julio de 2003 , 24 de enero y 26 de abril de 2005 , y 6 de junio de 2006 . Como se reconoce en la Sentencia de 14 de marzo de 2003, esta Sala ha mantenido, a los efectos de la imposición de costas, la equiparación de la estimación sustancial a la total ».

A su vez, en la STS 21 de octubre de 2003, recurso núm. 1498/1999 , se razonó que « [e]sta Sala tiene declarado en numerosas sentencias, de ociosa cita, que para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debería excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quien se vio obligado a seguir un proceso para ser realizado su derecho, lo que, por lo antes explicado, determina el perecimiento de este apartado ».

3.- Por el contrario, esta Sala no ha apreciado estimación sustancial de la demanda en casos en los que, a pesar del carácter accesorio de la pretensión resarcitoria, este no se daba desde la perspectiva económica del proceso. Así, la STS 29 de septiembre de 2003, rec. 3908/1997 , razonó que « [n]o cabe argüir que la desestimación se refiere a aspectos accesorios, porque, aunque la pretensión resarcitoria tenga tal carácter en la perspectiva de la acumulación (accesoria, subordinada o condicionada), obviamente no lo tiene en la perspectiva económica del proceso (y así lo entiende la propia parte como se puede apreciar en el motivo 18º en el fundamento siguiente), y por otra parte tampoco cabe aceptar que la desestimación afecta a una parte mínima, -en orden a una hipotética aplicación de la doctrina de la " estimación sustancial"-, porque **la sustancialidad de la parte desestimada no debe medirse en relación, sólo, con la totalidad de lo pedido, sino sobre todo con la importancia de lo no estimado** ». Y en otros casos ha rechazado la accesoriidad de la pretensión resarcitoria de los daños y perjuicios vinculada a la estimación de una pretensión principal. Así, en el procedimiento que dio lugar a la sentencia de 7 de julio de 2005, rec. 296/1999 , en el que se había ejercitado una acción de nulidad de un acuerdo y una acción de indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales derivados de la nulidad, se declaró que « [e]sta Sala no puede compartir el criterio sustentado por el Tribunal de instancia; si bien en algunas sentencias esta Sala ha aplicado el criterio de equiparar a efectos de costas la estimación sustancial a la total, no cabe deducir de ello una doctrina general, singularmente en un caso como el presente en que se rechaza, por falta de prueba, la indemnización por daños morales, uno de los elementos integrantes del suplico de la demanda con carácter principal, no accesorio. En consecuencia, la sentencia recurrida infringe el art. 523, al aplicar el párrafo primero, en un caso de estimación parcial de la demanda y sin que existan méritos que justifiquen la imposición a una de las partes por haber litigado con temeridad; en este sentido, se estima el motivo ».



De manera que si, como hemos visto, la sustancialidad de la parte desestimada no debe medirse en relación, sólo, con la totalidad de lo pedido, sino sobre todo con la importancia de lo no estimado, es entonces claro que en el presente supuesto nos hallamos ante una estimación sustancial de la demanda, tanto en lo que se refiere a la pretensión declarativa contenida en el número primero del suplico de la misma, como en lo que se refiere a la pretensión condenatoria principal y subsidiaria contenida respectivamente en los números primero y segundo de dicha demanda, cuya concreción cuantitativa se verá afectada por la cuestión prejudicial pendiente, pero no en lo que respecta al fundamento de dicha pretensión, que no es otro que la nulidad declarada de la cláusula suelo objeto de juicio.

SEXTO.- Por aplicación del artículo 398.2 LEC , no se imponen las costas de este recurso a ninguna de las partes.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución.

FALLAMOS

LA SALA ACUERDA : Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal **de DON Arcadio , DOÑA Loreto Y DON Efrain** , contra la Sentencia dictada por la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de esta Ciudad de fecha 19 de febrero 2016 , que **revocamos en su integridad**, y, en consecuencia, declaramos la nulidad de la cláusula suelo/techo que aparece recogida en la estipulación tercera bis "revisión del tipo de interés" de la escritura de préstamo hipotecario, de fecha 23 octubre 2009, del que son titulares los demandantes, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3% y techo del 8% fijados en aquella, y asimismo condenamos a la entidad demandada a que reintegre a la parte actora las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la aplicación de esta cláusula suelo desde el inicio del contrato y durante la tramitación del procedimiento hasta su conclusión, o bien desde la fecha del 9 mayo 2013, cuantía cuya determinación se llevará a cabo en ejecución de sentencia, según lo que se determine por el TJUE en la cuestión prejudicial pendiente sobre el particular, a cuyo efecto se acuerda la suspensión de dicho proceso de ejecución de sentencia hasta la resolución de referida cuestión prejudicial. Todo ello con imposición a la parte demandada de las costas de la primera instancia, y sin hacer imposición de las costas de este recurso a ninguna de las partes.

No tífíquese la presente a las partes en legal forma.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.