

Id. Cendoj: 23050370012014100238

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Jaén

Sección: 1

Nº de Resolución: 284/2014

Fecha de Resolución: 27/06/2014

Nº de Recurso: 470/2014

Jurisdicción: Civil

Ponente: RAFAEL MORALES ORTEGA

Procedimiento: CIVIL

Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA Nº 284

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTA

D^a. Elena Arias Salgado Robsy

MAGISTRADOS

D. Rafael Morales Ortega

D^a. María Fernanda García Pérez

En la ciudad de Jaén, a veintisiete de junio de dos mil catorce.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario seguidos en primera instancia con el nº 350 del año 2.013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, rollo de apelación de esta Audiencia nº 470 del año 2.014, a instancia de **D. Camilo**, representado en la instancia y en esta alzada por la Procuradora D^a M^a Teresa del Castillo Codes, y defendido por el Letrado D. Santiago López Poyatos; contra **UNICAJA**, representado en la instancia y en esta alzada por la Procuradora D^a Oliva Moral Carazo, y defendido por el Letrado D. Rocío Jiménez Miranda.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén con fecha 2 de abril de 2.014 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene

el siguiente FALLO: "Que estimando la demanda presentada en representación de D. Camilo contra UNICAJA, debo

.- Declarar la nulidad de la estipulación A) tercera bis, tipo de interés variable, del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 25/4/08, en relación con la limitación al tipo mínimo de interés manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3'5% fijado en aquélla.

.- Condenar a la entidad demandada a restituir al actor la cantidad de 2.807'39 euros y las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento a determinar en ejecución de sentencia sobre las bases de las sumas reales que se abone durante dicho período conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta la efectiva eliminación de la misma y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 3'5% conforme a la fórmula pactada de tipo variable de euribor más 1'10 puntos."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada Unicaja en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición por la parte demandante, remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 1ª se formó el rollo correspondiente y personadas las partes quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día 26 de Junio de 2.014 en que tuvo lugar, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Morales Ortega.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Contra la sentencia de instancia por la que estimando la demanda presentada declara la nulidad por abusiva de la estipulación "Tercera bis. Interés variable". referida a la cláusula limitativa a la variabilidad del tipo mínimo de interés del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la Entidad demandada y por el que se otorgó escritura pública de 25-4-08, acordando su inaplicación desde el inicio del contrato y consiguiente restitución de la cantidad de 2.807,39 euros, así como de las cantidades que por exceso se hubieran podido cobrar durante la tramitación del procedimiento a determinar en ejecución de sentencia, se alza la representación de la Entidad demandada esgrimiendo como motivo principal la existencia de error en la valoración de la prueba y de la jurisprudencia aplicable, argumentando en esencia en primer término que del propio interrogatorio del actor se ha de estimar acreditado el mismo no reúne la condición de consumidor e insistiendo además en la validez de la cláusula, por su claridad, sencillez y transparencia, así como por haberse ofrecido la suficiente información al prestatario además de por la proporcionada por el personal de UNICAJA Banco S.A. por la propia intervención del Notario, manteniendo que además la misma fue negociada y no impuesta, careciendo

pues del carácter de condición general de contratación que se le atribuye no siéndole aplicable por tanto la LCGC; en orden a la doctrina jurisprudencial, denuncia la improcedencia con arreglo a la misma del sometimiento de dicha cláusula al control de abusividad por ser parte del precio como objeto principal del contrato, debiendo limitarse la misma por tanto al doble control de transparencia, el de inclusión y el de claridad y conocimiento conforme resolvió la STS de 9-5-13 , habiendo seguido las recomendaciones de la OM de 1.994, Anexo II, para finalmente impugnar el carácter retroactivo de la nulidad declarada contrariamente manifiesta a la doctrina vinculante que la sentencia citada establece.

La apelación habrá de ser rechazada por los propios y acertados razonamientos de la resolución recurrida totalmente coincidentes con el criterio que de manera uniforme se mantiene por esta Sala.

Segundo.- Efectivamente centrado así el objeto de esta apelación y por lo que se refiere a la negación de la condición de consumidor del actor y por consiguiente la aplicación al mismo de la normativa tuitiva de aquellos en orden a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas de los contratos concertados entre empresarios y los mismos, así como la doctrina jurisprudencia nacional y de la UE que interpreta dicha normativa, podemos adelantar ya su rechazo, pues como hemos venido reiterando en numerosas resoluciones, la reciente STS de 18 de junio de 2012 trata tal concepto o condición de consumidor diciendo: "Respecto a la primera cuestión, hay que señalar, en términos generales, que la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto -LGDCU-, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1 , 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado". En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (párrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados". Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo" (SSTJ CE de 17 de marzo 1998 , 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final" antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" (SSTS 18 de julio de 1999 , 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000 , y 15 de diciembre de 2005 , nº 963, 2005). Todo ello, sin perjuicio de que la ley de Crédito al Consumo aplicable al presente caso, Ley 7/1995, de 23 de marzo, excluía de su aplicación, artículos 6 a 14 y 19, a los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria, exclusión que se contempla de un modo pleno en su actual regulación dada por la Ley 16/2011, de 24 de junio (artículo 3. a).

Pues bien, a tenor de dicha doctrina, más que el error que se denuncia en la valoración del interrogatorio del actor Sr. Camilo , con infracción de lo dispuesto en el art. 316 LEC , visionado el DVD, lo que se observa que la apelante efectúa interpretación claramente sesgada e interesada de dicha declaración, pues

además de que como se expone de contrario en la propia escritura pública de préstamo hipotecario aportada como doc. nº 1 de la demanda se hace constar que el préstamo es concedido para la adquisición de vivienda, lo que el actor apelado manifestó es que el préstamo era para pagarse la casa y un poco de dinero que le hacía falta para entrar en una sociedad -8:50-, de modo que al margen de no haberse opuesto a la condición de consumidor inicialmente alegada en la contestación a la demanda y pretender de forma extemporánea negar ahora la misma, no es cierto realmente que se admitiese que la totalidad del dinero fuese utilizado para "entrar en una sociedad", sino sólo una pequeña parte del mismo, lo que no empece para seguir considerando al actor como destinatario final del mismo en cuanto que fundamentalmente fue destinado para sufragar necesidades personales según la prueba practicada, sin que además se acredite nada en contrario.

Tercero.- En orden al resto de los motivos alegados y para su resolución, habremos de poner de manifiesto como ya lo hacíamos en reciente Auto de 9-4-14 o en la sentencia más cercana aun de 23-6-14 y conoce perfectamente la apelante pues se resolvían las mismas cuestiones que aquí ahora se vuelven a plantear, que respecto a las cláusulas suelo por más que se alegue lo contrario, la STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013 ha declarado que tienen la consideración de condición general de la contratación, al ser una cláusula impuesta y no negociada individualmente con el consumidor y aunque afecten al objeto principal del contrato puede ser sometida al control de abusividad por parte del Juez al formar parte del elemento esencial del mismo, control que es doble, el de su inclusión en el contrato y el de transparencia, de manera que estén redactadas de manera clara y comprensible.

Se establecen como criterios esenciales en los fundamentos jurídicos séptimo a undécimo:

a) Las cláusulas suelo afectan al objeto principal del contrato en tanto forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario por el dinero que recibe.

b) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que ésta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

c) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta, como la cláusula suelo, debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

d) La carga de la prueba de que la citada cláusula no es una condición general de la contratación, es decir, que no estaba prerredactada o destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario (art. 82.2 TRLDCU).

e) En todo caso, la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud, porque se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados, o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico".

e) Consecuentemente, las cláusulas suelo no son contenidos contractuales, por naturaleza, ilícitos. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos.

f) Por tanto, si bien el contenido del contrato relativo a su objeto principal y, por tanto, también lo concerniente al precio, no puede ser objeto de un control de contenido por la vía de la legislación de las condiciones generales de contratación, tal y como deriva del artículo 4-2 de la Directiva 63/13/CEE ("la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato), y ello ante la necesidad de respetar la libertad de precios en el marco de una economía de mercado, ello con la excepción de que... dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Es decir, en el caso de contratos con consumidores, la condición general para ser válida debe superar un doble control, el de inclusión y el de transparencia.

Lo expuesto es en realidad lo que la apelante alega, pero es así que en el supuesto enjuiciado de la prueba practicada ha de concluirse en contra de lo que se mantiene, que la cláusula suelo impugnada es una condición general, prerredactada por la propia entidad apelante, destinada a ser incorporada a una generalidad de préstamos hipotecarios como el de autos, y no negociada individualmente, lo que resulta del examen de la documental consistente en la escritura pública (cláusula 3 bis. Tipo de interés variable), sin que por más que se quiera que sí existió negociación en orden a dicha cláusula, pues al margen de la prudencial cautela con que se han de valorar su declaración, lo que el mismo manifestó es que se le ofertaron las condiciones financieras y le pareció excesiva la comisión de apertura, por lo que se trasladó su objeción a la superioridad y se redujo la misma -1:50-, es más el mismo afirmó de forma bastante genérica que hubo negociaciones, pero a continuación añadió que "creía recordar que como el Sr.

Camilo tenía vinculación con un compañero de Dirección de Zona de Unicaja, vino con su hermano, sin recordar tampoco si las negociaciones o gestiones para la concesión del préstamo duraron un mes y pico o dos hasta su concesión, explicando que al ser un interés variable se hace un estudio a un tipo de interés superior y al mínimo posible para poder calcular la capacidad de endeudamiento y fijar el plazo de amortización -7:40-, pero es así que negada por el apelado esa posibilidad de negociación, así como cualquier tipo de información, hasta el punto de afirmar que conoció lo que era la cláusula suelo cuando comenzó a difundirse por televisión el problema con las mismas -10:25-, ante tal contradicción y al margen de que la información y negociación a la que parece referirse Don. Rafael es la general seguida por la Entidad y no específicamente la relativa al supuesto enjuiciado que como decíamos expresaba dudas sobre su recuerdo, es la apelante la que disponía de la facilidad probatoria para justificar dichos extremos, sin que haya aportado documento alguno para acreditar las simulaciones concretas efectuadas o la información específica entregada al cliente, de modo que no se pueden como se pretende estimar acreditados aquellos, es más ni siquiera consta la existencia de oferta vinculante o la entrega con antelación del borrador del contrato a firmar, ni si se le informó de su derecho a examinar el contrato con tres días de antelación a dicha firma.

En todo caso, no se puede olvidar que TS también aborda este tema (a partir del párrafo 148), interpretando el art. 3.2 de la Directiva 93/13 (al que hay que acudir dado que el art. 1 de la LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de una condición general a una de las partes), cuyo tenor literal es "[s]e considerará que una

cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión", en el sentido de que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato. Tampoco se exige que se incorpore a todos los contratos, ni una conducta activa del consumidor tendente a evitar esa cláusula. Y que no debe confundirse "imposición del contenido" del contrato 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. Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un "cliente cautivo" por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con "sus" bancos que minoran su capacidad real de elección.

En el supuesto de autos pues, no elimina tal condición el hecho de que como indicara Don. Rafael si el cliente hubiera tratado de discutir la cláusula suelo se hubiera propuesto así a la superioridad -6:20-, pues como acabamos de ver no es necesaria tal conducta activa y además dicha manifestación no garantiza que de haberla habido el Banco iba a modificar la cláusula estándar establecida para la generalidad de contratos, no siendo significativo al efecto que se hubiera reducido la comisión de apertura, pues no se puede pretender que con ello se acredite esa negociación individual de todas las condiciones financieras.

Por tanto, hemos de concluir que la cláusula suelo es una condición general de la contratación al ser una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos, que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente, sino impuesta por la entidad crediticia a modo de "oferta irrevocable" por lo que puede entrarse en el análisis de su abusividad.

En este sentido, las cláusulas suelo deben superar el control de inclusión en el contrato (cómo se incorporan al contrato y si son claras) y además el control de transparencia cuando están incorporadas a contratos con consumidores (qué información se le dio al cliente tanto de forma previa como en el momento de la contratación, para determinar si era o no consciente de las consecuencias económicas y jurídicas de la inclusión de la cláusula en el contrato).

En nuestra normativa interna, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación al contrato a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, y 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-.

La detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los

consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, que regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja), garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por el art. 7 de la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor, lo que en definitiva supone el cumplimiento del control o filtro de inclusión.

Ahora bien, cuando las condiciones generales estén incluidas en contratos con consumidores es necesario además que superen el control de transparencia. Como señala el artículo 80.1 TRLCU "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]-; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido".

Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por la STS 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.

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. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

En resumen: a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente; b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de

comprensibilidad real de "su importancia en el desarrollo razonable del contrato".

Concluía el TS en un supuesto similar al de autos, en el que se examinaba la cláusula suelo techo, (si bien la acción ejercitada es una acción colectiva de cesación), que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

Así, declara que "pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia (apartado 217 de dicha sentencia). Y se añade (apartado 218): " La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor". "Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo" (apartado 219). Y a modo de conclusión se dice que "las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores (apartado 223). "Lo elevado del suelo hacia previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo...de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza (apdo. 224).

Y para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes enumera una serie de parámetros a tener en cuenta (parágrafo 225):

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

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

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

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

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

Finalmente, para que una cláusula no negociada sea abusiva es necesario que sea contraria a la buena fe y suponga un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor

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

Pues bien, las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

Por tanto, la cláusula suelo será abusiva cuando suponga un desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos. Así lo dispone expresamente la sentencia de pleno referida: "263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto". Debiendo tomarse como referencia para hacer ese control de abusividad tanto el momento de celebración del contrato como las circunstancias concurrentes y demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71), y el artículo 82.3 TRLCU "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa". Y también debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales, así lo impone el considerando decimoctavo de la Directiva 93/13 según el cual "[l]a naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales" , y el tenor del art. 4.1 "[s]in perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato [...]" y también el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato [...].Y este desequilibrio puede darse incluso en contratos que no contienen obligaciones recíprocas como es el préstamo.

Así, sigue en el párrafo 264: "Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la

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

En el caso de autos, la sentencia de instancia ha considerado que la cláusula suelo impugnada del 3,50 % es nula por falta de transparencia e información suficiente a los ejecutados sobre su contenido y sobre sus efectos reales en el ámbito del propio contrato, y es que efectivamente la misma no consta siquiera resaltada en negrita dentro de la escritura sino entremezclada entre otras, tampoco se prueba como decíamos que la entidad bancaria hubiera realizado simulaciones sobre los distintos escenarios de subidas y bajadas de interés ni que se hubiera presentado a los prestatarios cuadros comparativos con otras modalidades de préstamo, ni siquiera se aporta de oferta vinculante que aunque pudiera existir se desconoce su contenido, no siendo suficiente para entender acreditado el conocimiento de los ejecutados la lectura notarial de la escritura.

Pues bien, esta Sala comparte la apreciación del Magistrado de Instancia respecto a la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia.

Sometida, en primer lugar, al control de inclusión, si bien el párrafo en el que se establece la cláusula suelo, aisladamente considerado, pudiera ser claro, en tanto extraído el último párrafo del apartado 3 bis referido al Tipo de interés variable ("en ningún caso, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,50 % nominal anual", es entendible por un consumidor medio, sin embargo, no queda debidamente acreditado que el Banco haya cumplido las exigencias informativas impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994, con las que se pretende garantizar que la cláusula se ha incluido válidamente en el préstamo, y ello por cuanto no consta -reiteramos- que se hubiera entregado por el banco a la actora folleto informativo, ni la oferta vinculante en la que apareciera la cláusula suelo, ni tampoco consta que se hubiese dispuesto el borrador de la escritura a disposición de la prestataria tres días antes de la firma, y, finalmente, si bien ha de suponerse que el Notario hizo lectura de la escritura, en todo caso, la intervención notarial en el otorgamiento de la escritura pública no suple la falta de negociación individual, siendo un hecho notorio que las escrituras de préstamos se redactan conforme a las minutas que facilitan las entidades de crédito, y, en este caso, si lo facilitado fue la oferta vinculante, en la misma no se contenía la cláusula suelo. Por tanto, no podemos ni siquiera afirmar que se hubiera superado este primer nivel de inclusión, no obstante, y aunque así fuera, el cumplimiento de la normativa sectorial bancaria no puede impedir el control de transparencia o abusividad a la luz de la LCGC y TRLCU.

Y este control de transparencia no lo cumple la examinada, atendidos los parámetros establecidos en la STS de 9 de mayo de 2013, y concurriendo casi todos los indicados, si bien no es necesario, porque como aclaró el auto de 3 de junio de 2013 "constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas, y que no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, ni determina que la presencia aislada de alguna o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse

transparente a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo",

Al contrario de lo que se alega, la cláusula suelo, tal y como está redactada e inserta dentro del apartado dedicado al tipo de interés variable, fijándose como tal el tipo de referencia más 1,10 puntos, estableciendo a continuación el suelo, sin resaltar en negrita ni destacar, seguida de la definición del tipo de interés de referencia y del aplicable, del tipo sustitutivo, para terminar con la bonificación de intereses durante varias páginas, en todos esos casos sí distinguiendo tales apartados con negrita, creándose una apariencia de que a partir de los seis primeros meses el préstamo tendrá interés variable cuando en realidad se está contratando un préstamo con interés fijo mínimo inferior sólo en un 1'25 puntos al fijo establecido, que hará ilusorias las expectativas del actor en caso de bajar el tipo de referencia por debajo de ese tipo mínimo.

Por tanto, concurren varios de los parámetros señalados en la sentencia de 9 de mayo de 2013 : oferta como interés variable cuando en realidad es un tipo fijo mínimo y tratamiento secundario en el contrato al ir enmascarada entre un conjunto de datos que impide conocer exactamente cuánto tendrá que pagar el prestatario.

Pero es que además -reiteamos- la entidad bancaria no ha acreditado que haya dado una información adecuada y suficiente a la prestataria que permitiera a la misma conocer la existencia de la cláusula y su incidencia al momento de ir a contratar, sin que al efecto haya practicado mas prueba que el interrogatorio varias veces citado, ni por tanto de que pudiera consentirla libremente.

En definitiva, ha de concluirse en que la cláusula suelo no es transparente, y además es abusiva en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, en tanto no se determina un reparto real del riesgo de la variación del tipo de interés, pues la fijación de un tipo de interés mínimo del 3,5 % y supone una falta de reciprocidad entre las partes, en la medida que a la prestación a cargo del consumidor, que será pagar el tipo fijo como suelo si el resultante del índice más el diferencial cae por debajo de aquel, no le corresponde otra prestación de la entidad prestamista, por lo que tal desequilibrio jurídico y económico convierte la cláusula en abusiva y debe declararse su nulidad.

En el mismo sentido, se ha resuelto por recientes Autos de 27, 20 y 18 de marzo de 2014 y 28 de noviembre de 2013 de esta Sección 1^a, y Auto de 18 de Diciembre de 2013 de la Sección Segunda.

Queda, por tanto, confirmada asimismo la declaración de nulidad de la cláusula suelo, desestimándose el recurso en este extremo.

Cuarto.- Tampoco habrá de prosperar la impugnación sobre la retroactividad que de la nulidad se declara en la instancia, pues es acorde con el criterio adoptado por esta Audiencia Provincial en Auto de 27-03-2014, tras examinar un supuesto similar y estudiar la doctrina contenida en la STS de 9 de mayo de 2013 y SAP dictadas a partir de la anterior

En dicho Auto se decía que la STS referida partía de que la regla general es la retroactividad. Así expresaba: "Nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica quod nullum est nullum

effectum productit (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil , a cuyo tenor "[d]eclarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

Así, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009 se trata " [...] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, ya que, como afirma la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11 , apartado 58 "[...] según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE , hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1988, Blaizot y otros, 24/86, Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006, Skov y Bilka, C-402/03, Rec. p. I-199, apartado 50; de 18 de enero de 2007 , Brzeziński, C-313/05, Rec. p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2011 , Nisipeanu, C-263/10 , apartado 32)".

Siendo, a continuación, cuando nuestro Alto Tribunal hace referencia a la posibilidad de limitar la retroactividad, al establecer que "no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)", citándose a continuación sentencias del TC en que se ha acordado esta irretroactividad, la STS de 21 de marzo de 2012 que limitó los efectos de la nulidad para evitar el enriquecimiento sin causa de una parte a costa de la otra, e incluso señala que la STJUE de 21 de marzo de 2013 permite dicha limitación cuando concorra la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves"

Y, en el caso enjuiciado, tras valorar una serie de datos que expone: que son cláusulas lícitas en sí, derivando la ilicitud de la falta de transparencia, que son inusuales, han sido toleradas largo tiempo, la falta de transparencia proviene de la falta de información, que la finalidad del tope mínimo es mantener un rendimiento mínimo de estos activos...y finalmente que la irretroactividad causaría graves trastornos con trascendencia en el orden público económico, concluye declarando la irretroactividad de la nulidad declarada.

Las Audiencias Provinciales han adoptado soluciones divergentes sobre este extremo, tras la citada sentencia de Pleno del Tribunal Supremo, y así entre las que acuerdan la irretroactividad lo hacen acogiendo los criterios del TS, aun tratándose de acciones individuales, pudiendo citar las de SAP Cáceres 24-02-2014 , SAP Burgos de 28-01-2014 , SAP Badajoz de 14 de enero de 2014 , SAP Zaragoza, 8 de enero de 2014 , SAP Córdoba de 31 de octubre de 2013 , SAP Granada de 18 de octubre de

2013 , SAP Madrid de 28 de julio de 2013 , SAP Cádiz de 17 de mayo de 2013 .

Y el otro sector de Audiencias Provinciales que declaran la retroactividad lo hacen en aplicación de los arts. 9 y 10 LCGC y art. 1303 CC , considerando en general que no se dan las razones de afectación de la economía nacional que contempló el TS para excluirla, y para evitar el enriquecimiento injusto del banco. Podemos citar: SAP Málaga, Sección 6ª, de 12-03-2014 SAP Barcelona 16-12-2013 , Voto particular de la SAP Alicante de 12 de julio de 2013 , SAP Alava 9 de julio de 2013 .

En el Auto de 27-03-2014 esta Sala sigue la línea de este segundo grupo de Audiencias Provinciales, aun siendo consciente que es minoritario con respecto al primero, declarando la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo, sin que ello suponga contradecir la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013 como se alega, por cuanto ésta no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (que se eliminasen las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos".

Concluyendo en el sentido de que "Siendo, por tanto, la regla general de la retroactividad, no concurren en el caso las razones expresadas en la referida sentencia de Pleno, y que justifican acoger el criterio excepcional de la irretroactividad, como posibilidad admitida por nuestro Tribunal Constitucional por razones de seguridad jurídica, por el Tribunal Supremo para evitar un enriquecimiento injusto de una parte a costa de la otra o incluso por el propio TJUE atendiendo a la buena fe de los círculos interesados y la riesgo de trastornos graves.

Estamos ante una acción individual de un particular contra el Banco con el que tiene suscrito un préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual, en orden a obtener la nulidad por abusiva de la cláusula suelo contenida en el mismo y que se le devuelva el dinero indebidamente cobrado por la aplicación de la misma, por lo que no hay razones de seguridad jurídica ni riesgo de grave trastorno económico a la entidad, pues la condena afecta a este caso concreto y el importe de la devolución es de 2.807,39 euros".

En aplicación de dicha doctrina, la entidad Unicaja (que no es ninguna de las entidades condenadas por el TS en sentencia de 9 de mayo de 2013 , lo que excluye la apreciación de cosa juzgada) debe proceder por tanto al recálculo de la deuda sin la aplicación de tal limitación al tipo de interés nominal.

En consecuencia, y conforme a lo expuesto y a los propios razonamientos de la resolución recurrida, debe desestimarse la apelación interpuesta.

Quinto.- Dado el sentir de esta sentencia, por imperativo del artículo 398 de la L. E. Civil , habrán de imponerse al apelante las costas del presente recurso.

Sexto.- Por aplicación de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 9 de la L. O. P. J ., añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina

Judicial, ante la confirmación de la resolución recurrida, se declara la **pérdida** del depósito constituido por la parte apelante para recurrir, al que se dará el destino previsto en dicha Disposición.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº Cuatro y de lo Mercantil de Jaén, con fecha 2-4-14 , en autos de Juicio Ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el nº 350 del año 2.013, debemos confirmar la misma, con imposición a la apelante de las costas causadas en esta alzada, declarándose la pérdida del depósito constituido para recurrir,

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación, y, en su caso por infracción Procesal siempre que la cuantía exceda de 600.000 euros y si no excediere o el procedimiento se hubiese seguido por razón de la materia cuando la resolución del recurso presente interés casacional, tal como determina el artículo 477 de la L. E. Civil , en el primer caso; y en el segundo cuando concurren los requisitos del artículo 469 de la indicada Ley, ambos preceptos en relación con la disposición final 16 del repetido cuerpo legal.

El plazo para la interposición del recurso, que deberá hacerse mediante escrito presentado ante este Tribunal, es el de 20 días contados a partir del siguiente a su notificación.

Deberá acompañarse justificante de haber constituido el depósito para recurrir por la cantidad de 50 euros en uno y otro caso, que previene la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre , salvo los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos dependientes de todos ellos o beneficiarios de la Asistencia Jurídica Gratuita) y que deberá ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección nº 2038 0000 12 0470 14.

Igualmente deberá adjuntarse el impreso de autoliquidación de la tasa que previene la Ley 10/12 de 20 de Noviembre y Orden que la desarrolla de 13 de Diciembre de 2012.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.