



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

NOTIFICADO 27-10-2017
FERNANDO LEPIANI VELAZQUEZ

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ

SECCION QUINTA

SENTENCIA N° 532/17

Presidente Ilmo Sr.

Don Carlos Ercilla Labarta

Magistrados Ilmos Sres.

Don Angel Luis Sanabria Parejo

Don Ramón Romero Navarro

Juzgado de lo Mercantil n° 1 de los de Cádiz

Juicio Declarativo Ordinario n° 1.884/2.014

Rollo de Apelación n° 827/2.016

En la ciudad de Cádiz, a día 23 de Octubre de 2.016.

Vistos en trámite de apelación por la Sección Quinta de esta Iltra. Audiencia Provincial de Cádiz los autos del Recurso de Apelación Civil de referencia del margen, seguidos por Juicio Declarativo Ordinario en el que figuran como parte apelante BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., representada por el Procurador Doña María de la O Noriega Fernández y defendida por el Letrado Don José Carlos García Solano, y como parte apelada , representada por el Procurador Don Fernando Lepiani Velázquez y defendida por el Letrado



Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	1/18
 21kfGFx1rP861x89B91eSg==				



Don José Luis Ortiz Miranda, actuando como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON ANGEL LUIS SANABRIA PAREJO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil n ° 1 de los de Cádiz en el Juicio Declarativo Ordinario anteriormente referenciado al margen, se dictó sentencia de fecha 10 de Junio de 2.016 cuyo fallo literalmente transcrito dice: “Primero.- Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Fernando Lepiani Velázquez en nombre y representación de

u contra la entidad BBVA ARGENTARIA SA debo declarar y declaro la ineficacia de la cláusula de límite mínimo y máximo a la escritura de fecha 1 de abril de 2009 otorgada ante el Notario Doña Maria del Carmen Soriano Lavirgen con num 339 de su protocolo, modificada por Escritura de Préstamo Hipotecario de 9 de enero de 2010, con subsistencia del resto del contrato. Debo condenar y condeno a la entidad demandada a aonar a los actores las cantidades indebidamente cobradas a causa de la aplicación de la cláusula, desde la fecha de presentación de la demanda (26 de noviembre de 2014) que se determinará con arreglo a las bases fijadas en el fundamento tercero de la presente resolución, más el interés legal.

Segundo.- Declarar la nulidad ex tunc de la Cláusula que fija como índice de referencia sustitutivo el IRPH INDICE BANCOS “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de bancos” sita en la escritura de préstamo hipotecario otorgada entre la parte actora y la mercantil demandada en fecha 1.04.09 en la localidad de Conil de la Frontera (Cádiz) ante el Notario autorizante Doña Maria del Carmen Soriano Lavirgen número 339

Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	2/18
 21kfGFx1rP861x89B91eSg==				



de su protocolo, modificado pro escritura de novación modificativa de 9 de enro de 2010, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada. “

SEGUNDO.- Contra la antedicha sentencia por la representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación que fue admitido a trámite en ambos efectos por el Juez "a quo", quien dio traslado a las demás partes por un plazo de diez días a fin de que pudieran presentar los correspondientes escritos de oposición o impugnación, y una vez presentados dichos escritos se remitieron los autos originales a esta Audiencia Provincial de Cádiz.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y repartidas a esta Sección Quinta, se formó el correspondiente rollo, turnándose la ponencia, y no habiéndose solicitado la práctica de prueba en esta segunda instancia se señaló para la correspondiente deliberación votación y fallo para el día 11 de Septiembre de 2.017, tras lo cual se hizo entrega al Illtmo. Sr. Magistrado Ponente, para el estudio y dictado de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como cuestión previa, la primera petición del escrito de interposición del recurso interesa el sobreseimiento del procedimiento por la existencia de cosa juzgada al amparo del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que ya ha sido planteada por esta misma entidad en otras ocasiones, en las que ha sido denegada. Como manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de Julio de 2.017, *“en relación con la invocada eficacia de cosa juzgada material del pronunciamiento contenido en la sentencia 241/2013, de 9 de Mayo, que limitaba el efecto restitutorio derivado de la nulidad de las cláusulas suelo enjuiciadas a la publicación de esa sentencia, hemos reiterado en estos últimos meses*

Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	3/18



21kfGFx1rP861x89B91eSg==



que no vincula a los procedimientos posteriores en los que se ejercitaba una acción individual por consumidores que no consta hubieran sido determinados individualmente en aquella sentencia. Así, en la Sentencia 123/2.017, de 24 de febrero, justificamos por qué de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (contenida en la STJUE de 14 de Abril de 2016), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (contenida en la STC 148/2016, de 19 de septiembre, y otras posteriores) y la jurisprudencia de esta misma Sala Primera del Tribunal Supremo (STS 375/2010, de 17 de junio), entre las acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen objetos y efectos jurídicos diferentes, y por ello no cabe apreciar el efecto de cosa juzgada material. De tal forma que, como concluimos en la sentencia 357/2017, de 6 de junio, «en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, (...) el llamamiento que se les hace conforme al art. 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la misma Ley. Una interpretación conjunta de los artículos 15, 222.3 y 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Y, finalmente, con respecto a la doctrina jurisprudencial de las tres identidades, no debemos olvidar que en el presente supuesto no solo se postula la declaración de nulidad sino también se ejercita una acción de reclamación de cantidades indebidamente percibidas.

SEGUNDO.- Basa la apelante su recurso, conforme alegó su dirección jurídica en el escrito de interposición del mismo que consta unido a las actuaciones, en una errónea apreciación de la prueba practicada por el Juez "a quo" en torno a la transparencia del proceso contractual

Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	4/18



21kfGFx1rP861x89B91eSg==



que dio lugar a al incorporación de la clausula suelo al contrato de préstamo hipotecario, así como la infracción de la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo en relación con la validez y eficacia de las denominadas cláusulas suelo, lo que debe conectarse con la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás normas relativas a la carga de la prueba. En este sentido son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo, y por ello huelga su cita concreta y específica al ser sobradamente conocidas, las que nos dicen que el recurso de apelación es de los llamados de plena jurisdicción, por lo que permite a la Sala entrar en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstas tanto la comprobación de la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en la resolución recurrida, como la revisión de todas aquellas operaciones relativas a la valoración global y conjunta de la prueba practicada, pudiendo llegar a idénticas o discordantes conclusiones a las mantenidas por el Juez “a quo” en la sentencia apelada.

Por lo que se refiere al aspecto jurídico o dogmático del motivo del recurso, la doctrina emanada de las sentencias del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, las Sentencias de fechas 9 de Mayo 2.013, y a partir de la misma, las de 8 de Septiembre de 2.014, 24 de Marzo de 2.015 y 25 de Marzo de 2.015, entre otras muchas, han tratado el control de transparencia en relación con las denominadas cláusulas suelo en contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Ya con anterioridad a tales resoluciones, varias sentencias habían declarado 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, ésto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Así, la citada Sentencia de 9 de Mayo de 2.013 dice que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter

Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	5/18
 21kfGFx1rP861x89B91eSg==				



abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las contraprestaciones, que identifica con el objeto principal del contrato, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Sala 4ª de 30 abril 2014, declara 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. No obstante, la Sentencia de 9 Mayo de 2.013 indica 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 a un doble control de transparencia. Y la de 23 de Diciembre de 2.015, con cita de la anteriormente reseñada dice que este doble control consiste en: 1) Un control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical. 2) El control de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto de las distintas prestaciones, de forma que el consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. Este doble control 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, 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



Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	6/18
 21kfGFx1rP861x89B91eSg==				



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.

Ahora bien, 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. 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. En relación al objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto. En consonancia con ello, la jurisprudencia sobre cláusulas suelo, tras resolver que las mismas forman parte de los elementos esenciales del contrato (precio/prestación), ha establecido que lo que debe controlarse en cada caso concreto es la transparencia. Es decir, dado que las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato no se someten a control del contenido, la cuestión es decidir cuándo son transparentes y cuándo no.



Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	7/18
 21kfGFx1rP861x89B91eSg==				



En definitiva, afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de Diciembre de 2.015, que en el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar), pero con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente.

TERCERO.- Dicho lo anterior, habremos de dar por reproducida la extensa y correcta fundamentación jurídica de la sentencia apelada derivada, básicamente, del estudio de la conocida sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de Mayo de 2.013 y las posteriormente dictadas y que mantienen la misma línea, destacando que las cláusulas suelo o cláusulas de limitación de la variación de tipos de interés tienen el carácter de condiciones generales de la contratación, que describen y definen el objeto principal del contrato, cual es el precio a pagar por el prestatario, y aun cuando por regla general no pueda examinarse la abusividad de su contenido, sí están sometidas a un doble control de transparencia, siendo así que, si bien no hay causa alguna para mantener su inicial licitud que deriva de la autonomía contractual de las partes, deben superar el control de inclusión en el contrato y además el control de transparencia cuando están incorporadas a contratos con consumidores.

A tales efectos se establecen como criterios esenciales en los fundamentos jurídicos séptimo a undécimo de la aludida sentencia que:

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.



Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	8/18




21kfGFx1rP861x89B91eSg==



- 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 preredactada o destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.
- 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 Sentencia del Tribunal Supremo n ° 406/2.012, de 18 de Junio, 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, sino que serán 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

Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18		
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/18
			
21kfGFx1rP861x89B91eSg==			



de la legislación da 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.

Sostiene la apelante la no abusividad de la clausula suelo por haber pasado los dos filtros de transparencia por el cumplimiento de la normativa sectorial que se contiene en la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1.994, lo que infiere de la meditada y concienzuda decisión de las anteriores novaciones del préstamo, lo que supone un estudio y comparación de las opciones existentes para ver el beneficio de cada una de ellas, llegando a afirmar que la meritada disposición legal no resulta de aplicación al supuesto enjuiciado. 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). Como venimos sosteniendo, en cuanto al control de inclusión, el vigésimo considerando de la Directiva 93/13 indica que " (...) los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas (...)", y el artículo 5 dispone que "*en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible*". Y el artículo.



Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	10/18
 21kfGFx1rP861x89B91eSg==				



4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que *"la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"*. En la 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 (la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez), y 7 LCGC (no 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 artículo 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.



Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	11/18
 21kfGFx1rP861x89B91eSg==				



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 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 2.012, 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.

En definitiva, 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; y además, la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su

Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	12/18



21kfGFx1rP861x89B91eSg==



importancia en el desarrollo razonable del contrato, concluyéndose por el Alto Tribunal en un supuesto similar al de autos 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. Y, en concreto, respecto a las cláusulas suelo declara la tan citada Sentencia del Tribunal Supremo 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*

Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	13/18
 21kfGFx1rP861x89B91eSg==				



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 *"las 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 *"se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas*

Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	14/18



21kfGFx1rP861x89B91eSg==



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, como ya hemos anticipado, 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 Lizing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71), y el artículo 82.3 TRLCU *"el carácter abusivo de una*

Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	15/18



21kfGFx1rP861x89B91eSg==



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 "la 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 "sin 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 el 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 parágrafo 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".

CUARTO.- Adentrándonos ya en el concreto motivo del recurso, naturalmente que las documentales aportadas por la dirección jurídica de la entidad apelante en el escrito de contestación a la demanda inicial de las actuaciones deben integrarse y complementarse con

Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	16/18



21kfGFx1rP861x89B91eSg==



el resto de pruebas practicadas en la primera instancia, y a este respecto dada la ausencia de toda prueba personal, hemos de desestimar el recurso ya no se puede inferir que existió auténtica negociación en orden a dicha cláusula, al no haber prueba alguna de que los actores conocieran las condiciones financieras del préstamo, no constando tampoco que se les diera información suficiente de la introducción de la cláusula suelo, ni que verdaderamente se le dieran opciones diversas de tipos de interés aplicables, al no haber documentación alguna que lo apoye, ni siquiera a través del denominado "pantallazo", tarea probatoria que corresponde a la demandada no solo por la normativa general con respecto al onus probandi sino a la más específica de la facilidad y disponibilidad probatoria, ambas recogidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así pues, conforme a la prueba analizada, hemos de concluir que la cláusula suelo es una condición general de la contratación al ser una cláusula preredactada, 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" aun cuando se haga constar como una elección del cliente, por todo lo cual procede la desestimación del recurso, y todo ello sin que proceda entrar en el estudio de la eficacia retroactiva de la nulidad al reclamarse tan solo cantidades posteriores a la interposición de la demanda inicial de las actuaciones.

QUINTO.- Desestimado el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. y confirmada en su integridad la resolución recurrida, conforme al principio objetivo del vencimiento regulado en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer al apelante las costas del recurso.



Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	17/18
 21kfGFx1rP861x89B91eSg==				



VISTOS los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los artículos citados y los demás preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimando, como desestimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. contra la sentencia de fecha 10 de Junio de 2.016 dictada por el Iltmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil n ° 1 de los de Cádiz en el Juicio Declarativo Ordinario de que este rollo trae causa, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, todo ello con imposición a la apelante de las costas del recurso, así como la pérdida del depósito constituido para recurrir al amparo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 Noviembre.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber, conforme a los artículos 208 n ° 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n ° 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la misma no es firme procediendo contra dicha resolución, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, los cuales deberán interponerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella, y, con certificación de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil de su procedencia para su conocimiento, efectos y la debida ejecución de lo resuelto.

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

Descargado en www.asufin.com

Código Seguro de verificación:21kfGFx1rP861x89B91eSg==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	LUIS SANABRIA PAREJO 24/10/2017 10:19:27	FECHA	25/10/2017	
	CARLOS ERCILLA LABARTA 24/10/2017 13:40:18			
	RAMON ROMERO NAVARRO 25/10/2017 11:51:24			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	21kfGFx1rP861x89B91eSg==	PÁGINA	18/18



21kfGFx1rP861x89B91eSg==