

# AP - Cadiz, Sección 5, nº 593/2018, de 30/10/2018, Rec 872/2017

- **Orden:** Civil
- **Fecha:** 30 de Octubre de 2018
- **Tribunal:** AP - Cadiz
- **Ponente:** Alcala Mata, Oscar
- **Núm. Sentencia:** 593/2018
- **Núm. Recurso:** 872/2017
- **Núm. Cendoj:** 11012370052018100493
- **Núm. Ecli:** ES:APCA:2018:1364
- **Núm. Roj:** SAP CA 1364/2018

## Encabezamiento

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ

SECCIÓN QUINTA

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE: D. CARLOS ERCILLA LABARTA

Magistrados

D. ÁNGEL L. SANABRIA PAREJO

D. ÓSCAR ALCALÁ MATA

Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz

Procedimiento Ordinario nº 1121/14

Rollo Apelación Civil nº: 872/17

SENTENCIA n.º 593/2018

En la ciudad de Cádiz, a treinta de Octubre de dos mil dieciocho.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial los autos de Procedimiento Ordinario seguidos con el n.º 1121 del año 2014, por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz, rollo de apelación de esta Audiencia nº 872 del año 2017, a instancia de CAJA RURAL DEL SUR SCC, representada en esta alzada por el Procurador D. Manuel Zambrano García Ráez y defendida por el Letrado D. Heriberto Ascencio Aguilar contra D. Ceferino, representado en esta alzada por la Procuradora Doña Mercedes Domínguez Flores y bajo la asistencia letrada de D. Juan M. Pérez Dorao.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz con fecha 2 de junio de 2017.

## Antecedentes

**PRIMERO.** - Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: ' Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Domínguez FLOres, en representación de Don Ceferino, frente a la entidad 'Caja rural del Sur Sociedad Cooperativa de Crédito', debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula de límite mínimo a la variación del tipo de interés contenida en el préstamo hipotecario documentado en escritura de fecha 11 de junio de 2001, ante el Notario Don Antonio Manuel Torres Domínguez, con nº 1360 de su protocolo, con subsistencia de la eficacia del resto del contrato.

Debo condenar y condeno a la demandada a devolver a la demandante la cantidad que se determine en función de las siguientes bases, la demandada debe pagar al demandante las cantidades cobradas en cada una de las cuotas del préstamo, en concepto de intereses ordinarios, en virtud de la cláusula declarada nula y por diferencia de lo que tendría que haber cobrado de haber aplicado estrictamente el tipo de referencia mas el diferencial establecido en el contrato; y ello desde el inicio del contrato y activación de la cláusula suelo hasta la efectiva supresión de la misma.

A efectos del cálculo de dicha suma, la demandada debe aportar el cuadro de amortización correspondiente al préstamo que nos ocupa desde su inicio, primera cuota, hasta la fecha del dictado de la sentencia, indicando en cada cuota el desglose de cantidad destinada a amortización y la destinada a intereses que los prestatarios tendrían que haber abonado de haberse aplicado el euríbor vigente en cada momento mas el diferencial del 1,25 puntos porcentuales (al no constar que se aplicaran bonificaciones al respecto).

Asimismo deberá aportar el cuadro de amortización correspondiente a todas las cuotas satisfechas hasta el momento de la sentencia con igual desglose.

A abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro hasta el pago, conforme al art. 1108 CC, y sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC.

Todo ello con expresa condena en costas de la demandada. '.

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandada CAJA RURAL DEL SUR SCC, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz, 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, remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 5ª se formó el rollo correspondiente y personadas las partes quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día 29 de octubre de 2018, en que tuvo lugar, quedando las actuaciones, sobre la mesa del Ponente 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. ÓSCAR ALCALÁ MATA, JAT con destino en la Sección 5ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada, en lo que no se opongan a los que a continuación se exponen.

## Fundamentos

**PRIMERO.-** Se impugna por la apelante la sentencia de instancia, en cuanto declara la nulidad de la cláusula suelo contenida en la estipulación tercera bis apartado c) de la escritura de préstamo hipotecario de 11 de junio de 2001 que establece un interés nominal anual mínimo del 4,85%, sobre la base de la superación de los controles de inclusión, transparencia ( STS 9 de mayo de 2013) y plena información del consumidor por la entidad bancaria, y sobre el presupuesto básico de que en el año 2006, la cláusula suelo fue expresamente novada. Es de hacer notar que sobre este particular sólo consta en autos un documento relativo a la solicitud de novación/ampliación del préstamo hipotecario.

Con carácter previo tenemos que recalcar que el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, como garantía frente a la arbitrariedad, exige que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Sin embargo, como destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional 165/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999165), el mencionado derecho no faculta a las partes a exigir una argumentación jurídica exhaustiva, que alcance a todos los aspectos y perspectivas que puedan tener de la cuestión que se decide. La Sentencia 100/1987, de 9 de julio (RTC 1987100), puso de relieve que el deber de motivar las resoluciones judiciales no exige del Juez o Tribunal una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, ya que para su cumplimiento es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento en derecho de la decisión adoptada, criterio de razonabilidad que ha de medirse caso por caso, en atención a la finalidad que con la motivación ha de lograrse, y que queda confiado al órgano jurisdiccional competente.

Entrando a valorar el fondo del asunto sometido a revisión en esta alzada, resulta acreditado que el actor es particular, pues el crédito fue utilizado para la adquisición de su domicilio habitual ( art. 281.3º LEC), y no dentro de un tráfico empresarial, con lo que entra la parte prestataria dentro del concepto de consumidor, con la existencia de una normativa protectora del mismo frente a posibles cláusulas abusivas.

En Derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estaba garantizada inicialmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Esta fue modificada posteriormente mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que adaptó el Derecho interno a la Directiva Comunitaria Europea 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y por último, mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

De conformidad con la Directiva citada 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores '1. 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. 2. Se 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.'(art 3).

Asimismo, a tenor del artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, '1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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.', añadiendo que 'El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y 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'.

Para responder a esta cuestión, procede recordar de inmediato que el sistema de protección que establece la Directiva se basa en la idea de que **el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información** (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 39). Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, indicando que **'los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional** y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas'. Según se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

Toda esta cuestión de eficacia y licitud de las llamadas cláusula suelo y techo, ha sido ampliamente estudiada por la **actual Sentencia del Pleno** de la Sala 1ª del TS de 9-5-13, en la que realiza un pormenorizado estudio de todas las cuestiones que sobre las citadas cláusulas pueden producirse, dando respuesta individualizada a cada una de ellas. Como indica la referida resolución **'la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis'**.

La referida sentencia establece que si bien las cláusulas suelo constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato y que como regla no cabe el control de su equilibrio, 'Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone'.

Efectivamente, **la OM de 5 de mayo de 1994 - aplicable al supuesto sometido a revisión- regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, 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.

En el presente supuesto, aunque en la escritura se diga que al demandante le fuera entregada oferta vinculante, no consta materialmente ni a través de firma alguna que se entregara la misma. También resulta llamativo que el mismo día de la firma las partes, tal y como consta en las Advertencias Notariales de la escritura pública, renuncien a un **derecho básico que ostentaban para revisar el proyecto de escritura tres días antes de dicha firma**. Lo que sin duda y en conexión con la falta de prueba de toda información precontractual no cumple los mínimos estándares de claridad en la información de cualquier consumidor. Por otro lado, tampoco se acredita en la mentada información precontractual la existencia de simulaciones, en particular las referidas a supuestos en que el interés baje hasta el punto de ser inferior a la cláusula suelo, explicando que en tales casos sería indiferente la bajada de tipos de interés, pues ellos seguiría pagando lo mismo.

Por tanto, no consta que se entregara oferta vinculante (no se aporta firmada) que viniese a recoger los términos del préstamo hipotecario concertado. Tampoco queda suplido el deber de información con la existencia de una pretendida **novación o ampliación del inicial préstamo hipotecario en el año 2006**, pues del documento no se desprende que el consumidor conociera la inclusión precedente de la cláusula en la escritura pública del año 2001 ni sus consecuencias jurídicas y económicas. Sirvan como ejemplo por ser reiteradas e ilustrativas las sentencias de esta Sección sobre el particular, de fecha 26 de septiembre de 2018 (Rollo de Apelación 869/17, Rollo de Apelación 1072/17, Rollo de Apelación 546/16). En todas subrayamos que **Es constante, como se ha venido avanzando, la doctrina de esta Sala que las exigencias de la información son predicables también de las cláusulas financieras incluidas en las escrituras públicas de subrogación de hipoteca del promotor y de novación y ampliación de préstamos hipotecarios**. Ciertamente, el primer deber de información de las cláusulas del préstamo hipotecario cuando el cliente se subroga en un préstamo al promotor, le corresponde a éste, pero ello no exime a la entidad financiera de advertir o de comprobar que el cliente que se subroga conoce el contenido del préstamo. Por otro lado, es evidente que la entidad financiera que concede un préstamo al promotor de viviendas sabe que el destino final será sin duda la enajenación de las mismas a particulares, consumidores y usuarios y en tal sentido, sabe también desde el inicio que las condiciones generales en que se subroga el consumidor son las establecidas por la entidad bancaria.

Como al acreedor no le resulta indiferente quien sea el deudor, éste debe consentir la subrogación, ya sea en el mismo momento o posteriormente, de modo inequívoco, claro, preciso y contundente, aunque pueda ser tácito. Concluye que el acreedor, como requisito para entender que su consentimiento está prestado, debe cumplir las exigencias de información precontractual y contractual, sin perjuicio de las obligaciones notariales.

Por tanto no puede afirmarse que está al margen de la subrogación ni de la obligación de informar, incluso como sucede en el caso de la Sentencia, cuando se han introducido en la escritura notarial determinadas estipulaciones en relación con la demandada. **Trasladar el deber de informar únicamente al promotor-vendedor permitiría a la entidad de crédito eludir el cumplimiento de las obligaciones impuestas para la protección de los consumidores**. Entiende la apelante que no es el promotor, sino la entidad prestamista la que introdujo en el contrato la cláusula limitativa de variación a la baja de los tipos de interés, la que se beneficia por su inclusión, y la que tiene la formación especializada necesaria para informar del alcance de las condiciones: **El promotor- vendedor no tiene ni formación, ni experiencia suficientes para garantizar el nivel adecuado de información al prestatario subrogado, ni interés alguno en lograr dicho objetivo**. La entidad financiera debe responder por el promotor-vendedor que no cumple con el deber legal de informar

sobre las condiciones del préstamo por responsabilidad por hecho ajeno ex artículo [1903 del Código Civil](#) .

También por su claridad es de citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 14 de Diciembre de 2.016 que indica que 'En primer lugar, la subrogación del tercero en la posición del promotor prestatario implica una novación que requiere el consentimiento del deudor. Lógicamente, al acreedor no le resulta indiferente quien sea el deudor. De ahí que el art. [1205 del Código Civil](#) exija el consentimiento del acreedor para que tenga lugar la sustitución de un deudor por otro con efectos liberatorios para el primero.

Dicho consentimiento puede prestarse en cualquier momento y forma, es decir, puede ser coincidente con el negocio jurídico celebrado entre el deudor primitivo o el nuevo o puede ser anterior o posterior, aunque ha de ser inequívoco, claro, preciso y contundente ( STS de 21 de marzo de 2002 ), sin que pueda presumirse, ni deducirse del mero conocimiento por parte del acreedor ( STS de 25 de noviembre de 1996 ); algunas resoluciones exigen una declaración de voluntad expresa del acreedor ( SSTs de 14 de noviembre de 1990 y 23 de diciembre de 1992 ), si bien, en general, la jurisprudencia admite el consentimiento tácito del acreedor derivado de una conducta que implique inequívocamente una ratificación adhesiva del negocio subyacente, como es la aceptación sin oposición del pago hecho por el nuevo deudor ( STS de 16 de marzo de 1995 ). Si la novación subjetiva pasiva exige el consentimiento del acreedor, previo, simultáneo o posterior, expreso o tácito, es claro que su voluntad condiciona la validez y eficacia de la subrogación y, por tanto, en absoluto puede afirmarse que no interviene o que está al margen del mismo, sino que es una parte que, en tal condición, puede y debe respetar las prescripciones legales, entre las que se encuentra el deber de información. El problema puede plantearse cuando, como aquí sucede, -vid. cláusula 12ª-, el acreedor introduce en el contrato original una cláusula expresando su consentimiento genérico a las subrogaciones derivadas de las ventas que pudiera hacer el promotor a terceros. Pero esta posibilidad, justificada en el hecho de que, hasta hace poco tiempo, la garantía hipotecaria era suficiente para asegurar el cobro de la deuda en casi todos los casos, en absoluto exime al acreedor de sus obligaciones legales: una cosa es que pueda servir para agilizar la contratación en masa, en beneficio del acreedor, y otra muy distinta que, al socaire de una autorización indeterminada, pueda eludirse la norma. En suma, **si el acreedor debe prestar su consentimiento a la subrogación en el préstamo, no puede alegar que es ajeno a la celebración del negocio jurídico ni, obviamente, a las prescripciones legales que lo disciplinan, máxime tratándose de un marco jurídico tan regulado como es la concesión de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda, por lo que habrá de articular la forma por medio de la cual cumplir las obligaciones impuestas.** El primitivo deudor (promotor) no queda liberado frente al banco hasta que éste no consiente en la subrogación (suelen reservarse esta facultad, como es normal) con lo que nos encontramos con que puede elegir entre aceptar o no y, si ha aceptado la subrogación, debería llevar a cabo las actuaciones necesarias para asegurarse de que el adquirente recibe la información adecuada. Así lo preveía expresamente la estipulación mencionada. 27. En segundo lugar, no cabe duda de que fue la entidad prestamista la que diseñó, redactó e introdujo en el contrato primitivo el elenco de cláusulas que estimó pertinente y, entre ellas, la cláusula que ahora ocupa sobre los intereses de demora. Las escrituras de préstamo hipotecario se redactan, como es hecho notorio, según la minuta proporcionada por la respectiva entidad bancaria, de manera que, tanto si en la escritura de subrogación hipotecaria se transcriben las cláusulas de la escritura del préstamo matriz, como si el texto se limita a recoger una referencia genérica a las cláusulas de esta última (supuesto más frecuente), ha de asegurarse que la estipulación no solo es comprensible desde un plano puramente formal o gramatical, sino que el documento contiene las explicaciones necesarias sobre un contenido contractual vocacionalmente dirigido a la financiación al consumidor sobre un bien de primera necesidad. 28. Finalmente, **hemos entendido que la entidad financiera debe responder por el promotor/vendedor que no cumple con el deber legal de informar sobre las condiciones del préstamo, sea por responsabilidad propia ex art. [1902 CC](#) , sea por responsabilidad por hecho ajeno ex art. [1903 CC](#) . La entidad prestamista no está obligada a contratar con cualquier persona física o jurídica, sino que, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, ha de analizar y ponderar sus condiciones de solvencia no solo económica, sino también, sobre todo, profesional o empresarial, debiendo sopesar la capacidad del cliente para cumplir las obligaciones derivadas del mismo, de manera que, si finalmente no ocurre así, habrá de asumir las consecuencias que se derivan frente a terceros. Además, la actividad de concesión de créditos o préstamos requiere de una formación especializada que solo están en condiciones de ofrecer las entidades de crédito.**

Frente a ello, el promotor/vendedor no tiene ni formación, ni experiencia suficientes para garantizar el nivel adecuado de información al prestatario subrogado, ni interés alguno en lograr dicho objetivo. La transmisión al promotor de la obligación de informar supondría circunscribir dicha obligación a la mera entrega del documento que contenga las condiciones del préstamo, lo que no puede considerarse suficiente a los efectos pretendidos.

De este modo, la transmisión del deber de informar desde la entidad de crédito al promotor permitiría a aquélla eludir el cumplimiento de las obligaciones impuestas para la protección de los consumidores. Si se admitiera con carácter general que la subrogación de un tercero en la posición del promotor implica la asunción por éste de las obligaciones, y consecuente responsabilidad propios del prestamista, con exoneración de éste, se abre la puerta a posibles fraudes de ley y, en todo caso, a fórmulas que facilitan la elusión por parte de quien continua siendo prestamista, y beneficiada por el contrato y por la cláusula, del riguroso sistema de cargas legal y jurisprudencialmente impuesto para paliar la situación de desequilibrio entre ambas partes. La entidad prestamista podrá autorizar genéricamente la subrogación, estar presente o no, intervenir en el acto de otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria o decidir no hacerlo, pero en ningún caso el ejercicio de esta facultad le libera de las obligaciones que derivan del desarrollo de su actividad en materia de concesión de créditos y préstamos. 29. La conclusión que resulta de las consideraciones expuestas es que la obligación de informar al prestatario, inicial o subrogado, incumbe a la entidad de crédito prestamista, con independencia de las que, además, puedan imponerse al promotor/vendedor en el desenvolvimiento de su actividad empresarial y que en modo alguno empecen o desdibujan la que corresponde a aquélla. De la misma forma, si el contrato vocacionalmente estaba dirigido a servir de vehículo a la financiación de consumidores, está en la lógica de las cosas que una vez que éstos han entrado a formar parte de la relación jurídica, las cláusulas contractuales se someten a las exigencias de control de contenido y de incorporación propias de la legislación especial.' .

Con relación al apartado destinado advertencias notariales, ciertamente se indica en la escritura que el Notario advierte de la existencia de límites a la variación del tipo de interés a los efectos de cumplimiento de la Orden



Ministerial de 1994. En cualquier caso, en este orden de cosas, respecto a la suplencia del deber de información del Banco es ilustrativa la STS de 24 de marzo de 2015 que consagra que 'la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada.'

Tampoco la ubicación sistemática la cláusula tercera bis -sobre el índice sustitutivo-, sin ningún tipo de resalte en negrita que establece un tipo máximo y mínimo a la limitación del tipo de interés en la escritura pública, permite entender superados los mínimos estándares del derecho de información al consumidor, pese a que se utilice una fórmula de simple y de comprensible lectura, pues se contempla ante una abrumadora cantidad de datos destinados esencialmente a la descripción y cálculo de un tipo de interés variable - índices sustitutivos, referenciales y diferencias sobre el tipo de referencia- que no permitían en modo alguno dimensionar al consumidor la importancia que la inclusión de un párrafo que cuenta con cinco líneas implicaba en las consecuencias económicas y jurídicas del contrato.

Con todo la cláusula no supera el denominado control de inclusión; pero aún admitido que las condiciones lo superen, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores', así como que 'es necesario examinar si el contexto en el que se enmarcan permite conocer su trascendencia en el desarrollo del contrato.'. La referida resolución de 9 de Mayo, indica en relación a la Falta de información en las cláusulas suelo/techo, que '217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia. 218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite 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.'. De hecho, como indica la misma 'pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas 'no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios', lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.'

En el presente supuesto, si bien consta en la escritura de préstamo hipotecario, la existencia de la cláusula suelo, en el contrato se da mucha más relevancia a la determinación del tipo de referencia, al diferencial, a los sustitutivos, incluso a los casos de bonificación en que también se establece un mínimo de interés nominal anual..., mientras a la cláusula suelo no se le dedica sino unas líneas, cuando de hecho y con la aplicación de la misma se convierte un crédito a interés variable en un préstamo a interés fijo y variable únicamente a alza. Dentro del contrato, esa cláusula suelo pasa desapercibida o difuminada ante la profusión de datos, formulas o condicionantes del mismo de tal forma que no se presta atención a dicha cláusula que en definitiva va a ser una cláusula principal y vincular a todo lo largo del contrato. Pero asimismo, debe partirse, de que estamos en presencia de una cláusula predispuesta, es decir, no negociada individualmente a los efectos del art. 82.2º TRLGDCU, al menos no consta negociación de ningún tipo, ni una información clara al consumidor acerca del contenido de las obligaciones que asume, y las consecuencias de dicha cláusula. En relación a tales cláusulas la citada sentencia del Tribunal Supremo indica que 'a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.'. En definitiva, la cláusula analizada (cláusula suelo), no puede considerarse transparente, siguiendo las pautas marcadas por la STS de 9 de mayo de 2013, ya que: falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; se ubica entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor, y en definitiva, supone la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, lo que constituye uno de los supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro de los requisitos citados anteriormente (tal como señala el ATS de 3 de junio de 2013 ). En su consecuencia debe entenderse que no supera la cláusula citada el control de transparencia real en el sentido de comprensión por el consumidor del verdadero reparto de riesgos que deriva de la inclusión de la misma, por lo que reproduciendo los razonamientos realizados por la sentencia de instancia, deben desestimarse en estos puntos los motivos de recurso.

SEGUNDO.- Se plantea en ultimo lugar la cuestión relativa tanto al abono de intereses de lo indebidamente pagado, lo cual es plenamente procedente pues no se trata de cantidad ilíquida, sino claramente determinable en base a meras operaciones matemáticas a realizar por la entidad bancaria en los términos del art. 219.2º LEC y sobre las bases fijadas en la sentencia de instancia.

TERCERO.- Desestimado el recurso de apelación interpuesto y confirmada en su integridad y en sustancia la resolución recurrida, por aplicación del principio de vencimiento objetivo, procede condenar a la apelante en las costas procesales

irrogadas en esta alzada ( art. [398.1º](#) en relación con el art. [394.1º LEC](#)).

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

## Fallo

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz con fecha 2-6-2017, en autos de procedimiento ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el nº 1121 del año 2.014, debemos confirmar la misma, con imposición a la parte apelante de las costas procesales generadas de esta alzada, acordando la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

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 concurran los requisitos del artículo 469 de la indicada Ley, ambos preceptos en relación con la disposición final 16ª 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 15ª 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 1280 0000 12 0646 17.

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, modificada por el Real [Decreto Ley 1/2015, de 27 de Febrero](#), siempre que se trate de personas jurídicas.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz, 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.