

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ
SECCIÓN QUINTA**

SENTENCIA N° 396/2019

Presidente Ilmo. Sr.

Don Carlos Ercilla Labarta

Magistrados Ilmos. Sres.:

Don Ángel Sanabria Parejo

Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano

Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Sanlúcar de Barrameda

Autos de Juicio Ordinario número 430/2016

Rollo de Apelación número 1221/2017

En la Ciudad de Cádiz, a treinta de abril de dos mil diecinueve

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial, los autos de Juicio de Ordinario número 430/2016, procedentes del **Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Sanlúcar de Barrameda**, seguidos a instancia de Doña y Don , representados en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Don Emilio Sánchez Barra y asistidos por el Letrado Don Juan Luis Pérez Gómez Morán, contra la entidad CAJA RURAL DEL SUR, S.C.C., representada en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Don x y asistida por el Letrado Don x; actuaciones procesales que se encuentran pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Sanlúcar de Barrameda dictó Sentencia de fecha 12 de mayo de 2017, en el Juicio Ordinario N.º 430/2016, del que este rollo dimana, cuya Parte Dispositiva dice así: *“FALLO.- ESTIMO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el procurador D Emilio Sánchez Barra en representación de X contra contra la entidad CAJA RURAL DEL SUR y DECLARO NULA la clausula suelo (2,75%) recogida en el apartado del tipo de interés de la escritura de préstamo hipotecario objeto del procedimiento, QUE SE TIENE POR NO PUESTA y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad CAJA RURAL DEL SUR al CÁLCULO de las cuotas de préstamo hipotecario sin clausula suelo y devolver el exceso de interés cobrado por la aplicación de la referida clausula desde el inicio de los préstamos con los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda con imposición de COSTAS a la demandada.”*

SEGUNDO.- Contra la expresada Sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación la parte demandada, el cual fue admitido a trámite y su fundamentación impugnada de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, donde, al no haberse propuesto prueba y no estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala, que tuvo lugar el 22 de abril de 2019, quedaron las actuaciones concluidas para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D.ª Nuria Auxiliadora Orellana Cano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandada se alza en apelación frente a la sentencia de instancia, alegando en primer lugar, la incorrecta interpretación por parte del juzgador de instancia del control de transparencia establecido en la STS de 9 de mayo de 2013 y, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula suelo, aduciendo que

la falta de transparencia no es causa de nulidad per se, sino que posibilita efectuar el control de abusividad, sobre el cual no se ha pronunciado la sentencia recurrida, por cuanto el carácter de las cláusulas suelo como definidoras del objeto principal del contrato excluye el control jurisdiccional de su abusividad, siempre que sea transparente, sin que la sentencia apelada se pronuncie sobre el supuesto carácter abusivo de la cláusula suelo, sino que la declara nula por falta de transparencia, razonamiento que es contrario a la indicada Sentencia del Tribunal Supremo. En segundo lugar, se alega en el recurso, en cuanto al cumplimiento de las normas de transparencia, que el juzgador de instancia incurre en un grave error de interpretación y aplicación de la doctrina jurisprudencial, ya que cuando enjuicia la transparencia de la cláusula, no toma en cuenta las concretas circunstancias determinantes de la información facilitada por la entidad financiera, hoy apelante, que permitieron al prestatario tener una comprensibilidad real de la cláusula suelo, incurriendo igualmente en error, por la aplicación de una norma que no regula el procedimiento de la litis, ya que el procedimiento está regulado por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, en lugar de por la Orden de 5 de mayo de 1994, además de haber denegado las testificales de los gestores del banco y del Notario que podrían haber acreditado la superación del control de transparencia cualificado, sin haberse tenido en cuenta los parámetros que han de tomarse en consideración conforme a la doctrina del Tribunal Supremo y, en concreto, no se considera suficiente a los efectos de colmar las exigencias de información, el hecho de que se entregara de forma fehaciente la oferta vinculante así como la prestación de información previa y una previa negociación, además de que la cláusula ya se contenía en el préstamo subrogado, habiéndose negociado la novación a la baja de la cláusula suelo, después de que se estuviera aplicando, que pasó del 3,50% del préstamo originario, al 2,75%, además de ser los actores los que se dirigieron a la entidad financiera apelante para solicitar la subrogación de acreedor del préstamo hipotecario y, como resultado dicha solicitud, negociaron mediante reuniones y conversaciones con el gestor de la oficina las nuevas condiciones del préstamo, y entre ellas, la novación de la cláusula suelo, que pasó del 3,50% al 2,75%, siendo el tipo mínimo uno de los puntos que se detalló con mayor claridad a los clientes, lo que implica que la actora recibió una información previa de la cláusula objeto de litis por parte de la demandada, conforme a la regulación de la subrogación del acreedor, llevada a cabo por el banco que se subrogaba en la posición de la anterior entidad de crédito, Únicaja, además de que el Notario

al otorgar la escritura, aseguró que el actor comprendió plenamente el alcance los efectos de la cláusula suelo, incluido el hecho de que formen parte del precio del contrato y que podría afectar a sus obligaciones de pago de las cuotas hipotecarias, habiendo leído íntegramente la escritura tanto el Notario como la parte prestataria, además de que al tiempo en que se realizó la subrogación, el 25 de noviembre de 2010, ya se habían activado las cláusulas suelo, como la litigiosa, y existió un perfecto conocimiento por parte de la actora, conociendo perfectamente el funcionamiento de la cláusula suelo, ya que en el momento de suscribir el contrato con la apelante, ya tenía activada la cláusula suelo pactada en el contrato de préstamo que tenía suscrito con Unicaja, constando en los recibos aportados con la contestación a la demanda, el mínimo activado del 3,50%, invocando diversas resoluciones de la Audiencia Provincial de Sevilla y de juzgados de lo mercantil. Se alega igualmente la improcedencia de la condena al pago de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, ya que el importe la condena era ilíquido a la fecha del dictado de la sentencia, toda vez que por el juzgador de instancia no se ha determinado en el procedimiento el importe de la reclamación. Por último, se estime improcedente la condena en costas, porque deben apreciarse serias dudas de derecho, ya que se trata de la subrogación del acreedor, con novación a la baja de la limitación del tipo de interés.

SEGUNDO.- Comenzando con los motivos de recurso, en primer lugar, sobre la alegación relativa a que la falta de transparencia no determina per se la abusividad de la cláusula, resulta ilustrativa la STS del Pleno de la Sala 1ª de 25 de mayo de 2017, que nos lleva a desestimar el primer motivo de recurso, al resolver la controversia en los siguientes términos:

"En realidad, la cuestión suscitada ahora en el primer motivo de casación ha sido ya resuelta por este tribunal en sentencias posteriores a la fecha de interposición del presente recurso (sentencias 138/2015, de 24 de marzo y 222/2015, de 29 de abril). En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, salimos al paso de la crítica de que el «juicio de abusividad queda diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula suelo no transparente es abusiva». Argumentamos que no era así por las siguientes razones: «La sentencia núm. 241/2013 afirma que "la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas" (apartado 250). Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser,

excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente. Pero no es ese el supuesto de las llamadas "cláusulas suelo ". La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con "cláusula suelo " en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado. (...)» (FJ séptimo) No negamos que, con carácter general, la nulidad de una cláusula como consecuencia de la falta de transparencia requiera que dicha cláusula provoque «un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», pues pudiera ser que la falta de transparencia fuera inocua para el adherente. Esto es, cabría que el adherente no pudiera hacerse una idea cabal de la trascendencia de determinadas previsiones contractuales sobre su posición económica o jurídica en el contrato, pero estas previsiones no tuvieran efectos negativos para él. Pero en el caso de las cláusulas suelo , por su contenido, hemos entendido que la falta de transparencia provoca «un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», pues le impide representarse las consecuencias de la cláusula suelo en el préstamo a interés variable contratado y le priva de la posibilidad de comparar lo realmente contratado con otras ofertas existentes en el mercado. Como apostillamos en la sentencia 222/2015, de 29 de abril, «estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación». Y en este sentido afirmamos en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, que «el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber

alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó». 3. Esta doctrina se acomoda a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia contenida en la reciente STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus). En un supuesto en que la cláusula controvertida se refiere al cálculo de los intereses ordinarios de un contrato de préstamo, y el juez nacional estima «que, pese a estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (EDL 1993/15910), esa cláusula no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicha disposición», el Tribunal de Justicia razona en el apartado 64: «En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia (...)». Al respecto, el apartado 59 ilustra, con carácter general, cómo puede determinarse si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato: «deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 68)». El apartado 60 precisa en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «contrariamente a las exigencias de la buena fe»: «habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13 (EDL 1993/15910), el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 69). Y, conforme al apartado 61, en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe tenerse en cuenta «la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato» y «todas las circunstancias que concurran en

su celebración» (sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, apartado 39, y de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, apartado 42). De ello se desprende que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartados 71 y jurisprudencia citada)». Nuestra jurisprudencia se acomoda a esta doctrina del TJUE porque partimos de la base de que «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor» (sentencia 241/2013, de 9 de mayo); y, consiguientemente, entendemos que «esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente» (sentencia 138/2015, de 24 de marzo). No es incompatible con lo anterior que, a renglón seguido, a la vista se alega en el recurso, en cuanto al cumplimiento de las normas de transparencia, aduciendo que el juzgador de instancia incurre en un grave error de interpretación y aplicación de la doctrina jurisprudencial, cuando enjuicia la transparencia de la cláusula, no toma en cuenta las concretas circunstancias determinantes de la información facilitada por la entidad financiera, hoy apelante, que permitieron al prestatario tener una comprensibilidad real de la cláusula suelo, incurriendo igualmente en error, por la aplicación de una norma que no regula el procedimiento de la litis, ya que el procedimiento está regulado por la ley 2/1994, de 30 de marzo, el lugar de por la Orden de 5 de mayo de 1994, además de haber denegado las testificales de los gestores y del notario que podrían abrir acreditado la superación del control de transparencia cualificado, sin tener en cuenta los parámetros que han de tomarse en consideración conforme a la rutina del Tribunal Supremo, y en concreto, no considera suficiente a los efectos de colmar las exigencias de información, el hecho de que se entregará fehaciente de oferta vinculante y la prestación de información previa y una previa negociación, además de que la cláusula ya se contenía en el préstamo subrogado, habiéndose negociado la novación a la baja de la cláusula suelo, después de, que pasó del 3,50% del peso originario, al 2,75%, además de ser los actores los que se dirigieron a la entidad financiera apelante para solicitar la subrogación de acreedor del préstamo

hipotecario así como la cesión del mismo y, como resultado dicha solicitud, negociaron mediante reuniones y conversaciones con gestor de la oficina las nuevas condiciones del préstamo, y entre ellas, tanto la novación de la cláusula suelo, que pasó del 3,50% al 2,75%, siendo el tipo mínimo uno de los puntos que se detalló con mayor claridad a los clientes, lo que implica que la actora recibió una información previa de la cláusula objeto de litis por parte de la demandada, conforme a la regulación de la subrogación del acreedor, llevada a cabo por el banco que se subrogará en la posición de la anterior entidad de crédito, Únicaja, además de que el notario al otorgar la escritura, aseguró que el actor comprendió plenamente el alcance los efectos de la cláusula suelo, incluido el hecho de que formen parte del precio del contrato y que podría afectar a sus obligaciones de pago de las cuotas hipotecarias, habiendo leído íntegramente la escritura ante el notario como la parte prestataria, además de que al tiempo en que se realizó la subrogación, el 25 de noviembre de 2010, tiempo desactivado las cláusulas de las implicaciones de la cláusula suelo, pues obviamente se ha podido beneficiar algo de la bajada de tipos hasta el suelo introducido en el contrato, sí que se frustra en parte, respecto de la bajada de los tipos por debajo del suelo."

TERCERO .- La parte apelante discrepa igualmente de la sentencia apelada que estima que la cláusula no supera lo que la jurisprudencia ha denominado segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado, sobre el que la STS de 3 de junio de 2016 declara:

"2.- Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (sentencias de esta Sala núm. 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 241/2013, de 9 de mayo; 638/2013, de 18 de noviembre; 333/2014, de 30 de junio; 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de

marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril; y 705/2015, de 23 de diciembre).

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

3.- Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados."

En cuanto a la información precontractual, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la más reciente Sentencia de 1 de diciembre de 2017, en la que se declara: "Conforme a la

jurisprudencia de esta sala y del TJUE, entre otras SSTS 241/2013, de 9 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre, 593/2017, de 7 de noviembre y 705/2015, de 23 de diciembre y SSTJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y de 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga «antes de la celebración del contrato» de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dicha celebración. De forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato.

La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato.

El diferencial respecto del índice de referencia, y el TAE que resulta de la adición de uno al

otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece." En la misma Sentencia el Tribunal Supremo concluye afirmando que "el control de transparencia se proyecta sobre el cumplimiento de estos especiales deberes de información y comprensibilidad material que incumben al predisponente en la formación y perfección del contrato sujeto a condiciones generales de la contratación." En igual sentido, se ha pronunciado, entre otras muchas, en la Sentencia de 8 de junio de 2017 (reiterando la doctrina que sobre la aplicación del control de transparencia se inicia en la sentencia 241/2013 y continúa en las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre, 138/2015, de 24 de marzo, 139/2015, de 25 de marzo, 222/2015, de 29 de abril, 705/2015, de 23 de diciembre, 367/2016, de 3 de junio, 41/2017, de 20 de enero, 57/2017, de 30 de enero, y 171/2017, de 9 de marzo.

CUARTO.- Entrando en el segundo motivo de recurso, además de la redacción clara de la cláusula, su ubicación y comprensibilidad gramatical, se basa fundamentalmente la parte apelante en el hecho de que se trató de una subrogación en el préstamo hipotecario que los actores tenían suscrito con otra entidad financiera, que ya estaba aplicando el límite mínimo, además de haber aceptado expresamente en la escritura la parte prestataria las condiciones financieras del préstamo en que se subrogaba, entre ellas, la cláusula suelo, que fue negociada ya que se redujo el límite mínimo.

En el presente caso, si bien hay que partir de la superación por la cláusula del control de inclusión, en los términos en los que fue ya establecida en la paradigmática STS de 9 de mayo de 2013, no estimamos que se haya incurrido en incorrecta interpretación del segundo control de transparencia, ya que, la entidad financiera, que es la encargada de suministrar la información y de toda la documentación del préstamo hipotecario, a la que incumbe la carga de la prueba y que tiene una mayor facilidad probatoria, no ha cumplido con dicha carga, sin que pueda pretender ampararse en la inadmisión de la prueba testifical, cuando ni siquiera ha

pretendido su práctica en esta alzada, sin que haya quedado acreditada una información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, en caso de existir, o la advertencia de que al concreto perfil del cliente se ofertan las mismas, no consta simulación previa en relación a los diversos escenarios posibles, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, debiendo concluirse que hay una insuficiencia de la información precontractual sobre la carga que supone la inclusión de la cláusula suelo en la economía del contrato, no siendo el consumidor consciente a la hora de contratar de que difícilmente se beneficiaría de las bajadas de los tipos de interés, sin que podamos compartir que no resulten de aplicación los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013, porque ello supone desconocer la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo en las Sentencias ya citadas, que aplican dicho requisitos al analizar la acción de nulidad de la cláusula suelo. Tampoco podemos considerar que se cumplió con dicha obligación por el solo hecho de que se redujera el tipo mínimo que constaba en el préstamo hipotecario suscrito con la otra entidad financiera, porque no consta tampoco que se hubiera cumplido en dicho contrato con dicha información precontractual, ni tampoco por el hecho de que hubiera haya sido activada la cláusula suelo, por constar así en los recibos, porque ello tampoco acredita que dicha información fuera proporcionada por la parte apelante, ni tampoco estimamos acreditada una negociación que excluya el carácter de condición general de la contratación.

Tampoco resulta prueba suficiente para demostrar la negociación previa e información precontractual, el hecho de que se tratara de una subrogación en un anterior préstamo hipotecario, en el que se modifican las condiciones financieras del anterior, porque ello no exime a la entidad financiera de su obligación de información precontractual. En este sentido, cabe traer a colación la STS de 13 de junio de 2018 en la que el nuestro Alto Tribunal se pronuncia igualmente sobre idéntico motivo de recurso en el que se pretende que se revise la valoración probatoria realizada en un caso en el que la Audiencia Provincial había afirmado que las cláusulas suelo fueron negociadas puesto que el préstamo fue novado, argumentando el Tribunal Supremo que ha de considerarse que, "de haber existido tal negociación, la misma vendría referida a extremos tales como la duración del préstamo o el tipo de interés remuneratorio, pero no a extremos a los que el predisponente otorgó un

tratamiento secundario, como era la cláusula suelo, sobre la que no existe prueba alguna de la existencia de negociaciones previas a la firma de las escrituras públicas." Y colige, "que la redacción de las cláusulas suelo , aisladamente consideradas, fuera clara y comprensible, que la primera escritura fuera de subrogación en un préstamo hipotecario anterior, no de concesión ex novo del préstamo, y que se modificara el plazo de devolución y el interés remuneratorio, no permite afirmar que las cláusulas suelo fueran transparentes y que se hubiera suministrado a la prestataria información adecuada para que la misma conociera la trascendencia que la cláusula suelo tenía en la economía de un contrato de préstamo que iba a vincularle durante un periodo muy largo de tiempo." En el mismo sentido, en la STS nº 643/2017, de 24 de noviembre de 2017, que se pronuncia sobre la subrogación en el préstamo promotor, concluye que "la redacción de las cláusulas suelo, aisladamente consideradas, fuera clara y comprensible, que la primera escritura fuera de subrogación en un préstamo hipotecario anterior, no de concesión ex novo del préstamo, y que se ampliaran el capital prestado o el plazo de devolución, o que el prestatario pidiera una novación ante su dificultad para afrontar el préstamo y se ampliara el plazo de devolución (de treinta a cuarenta años) y se estableciera un periodo de cuatro años de carencia en la amortización de capital ante las dificultades económicas por las que pasaba el prestatario, no permite afirmar que las cláusulas suelo fueran transparentes y que se hubiera suministrado al prestatario información adecuada para que el mismo conociera la trascendencia que la cláusula suelo tenía en la economía de un contrato de préstamo que iba a vincularle durante un periodo muy largo de tiempo."

Como en dichos casos, no consideramos tampoco que el hecho de que se tratara de una novación y que se modificaran algunas condiciones financieras evidencie, como pretende la recurrente, que las cláusulas fueran negociadas y que la prestataria fue informada de la carga económica y jurídica que suponía su inclusión en el contrato.

En cuanto a la entrega de oferta vinculante, tampoco es prueba suficiente del cumplimiento de la obligación precontractual. Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº STS 464/2014, (Roj: STS 3903/2014) "el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial no excluye la naturaleza de

condición general de la cláusula predispuesta, sino, sobre todo, porque dicho planteamiento conduce a una consecuencia del todo incompatible con la legalidad vigente: que la regulación sectorial, de naturaleza administrativa, impida la aplicación normativa de la legislación sustantiva en la materia desnaturalizando, de esta forma, el control de legalidad que viene implícito en el control de transparencia y que debe de ser aplicado o contrastado en sede judicial. Criterio de subordinación que la propia Orden establece en su articulado (artículo 2) y que ha sido expresamente declarado por la jurisprudencia de esta Sala, Sentencia de 2 de marzo de 2011”. Por ello, 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, en el caso resuelto por el Tribunal Supremo, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, aunque la parte apelante manifiesta no ser la aplicable -pero resulta aplicable la doctrina jurisprudencial *mutatis mutandi*- no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario y sus cláusulas sean analizadas a la luz de esta normativa. Esta cuestión también fue abordada en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (p. 175 a 178). Por ello la falta de oferta vinculante no impide superar el control de incorporación si se cumplen los requisitos previstos en los art. 5 y 7 LCGC, mientras que la existencia de la misma no garantiza, por sí solo, la necesaria transparencia de las condiciones generales que recogen la cláusula suelo, de modo que el consumidor adherente pueda hacerse una idea cabal y suficiente de las importantes consecuencias económicas que puede tener la inserción de dicha cláusula (STS 241/2013). En definitiva, el cumplimiento de las formalidades legales en cuanto al cumplimiento del formulario de la oferta vinculante no es garantía, por sí solo, la validez de las cláusulas contractuales. La oferta vinculante es el instrumento por medio del cual se puede acreditar que el prestatario es consciente del alcance y significado de las obligaciones que asume, pero la oferta vinculante no puede considerarse prueba plena e irrefutable de esa comprensibilidad.

Por todo ello, las alegaciones del recurso resultan insuficientes para eludir la nulidad por abusividad de la cláusula suelo declarada en la sentencia apelada, no estimándose acreditado por la entidad financiera demandada que hubiera una negociación previa que excluyera el carácter de condición general de la contratación de la cláusula suelo, sin que ello pueda quedar demostrado por el hecho de que se entregara una propuesta de préstamo y la oferta

vinculante, porque con ello no se acredita suficientemente ni la negociación ni que se hubiera informado perfectamente a su cliente del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, sin que a estos efectos pueda resultar bastante la redacción clara de la cláusula, como se alega, porque ello no significa que se dé cumplimiento al control de transparencia cualificado, sino que alude al control de incorporación.

En cuanto a la intervención notarial, en la STS de 5 de abril de 2018, se recoge que el hecho de que "el notario haya hecho constar en la escritura de préstamo hipotecario que «no existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo, que se me ha exhibido, y las cláusulas financieras de esta escritura», no acredita que el tratamiento que en la oferta vinculante se dio a la existencia del suelo cumpliera los requisitos de transparencia indicados. Tal oferta vinculante, que por otra parte no consta siquiera que fuera entregada a los prestatarios con la antelación exigible para que pudieran informarse adecuadamente sobre las principales características del préstamo que concertaban, no consta incorporada a la escritura pública, por lo que se ignora su contenido". Por tanto, las advertencias notariales resultan igualmente insuficientes para acreditar la superación del segundo control de transparencia, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial. En igual sentido, la más reciente STS 20 de diciembre de 2018 en la que se declara: "El control de transparencia, como ha declarado reiteradas veces esta sala, entre otras STS 593/2017, de 7 de noviembre, no puede ser reconducido al mero control de incorporación de la cláusula predispuesta. Del mismo modo que el deber de poner a disposición del consumidor la información relativa a la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en la determinación del interés, en un contrato de préstamo hipotecario con interés variable, no puede quedar reducido a que los prestatarios puedan acceder a la minuta de la escritura en que se instrumenta el contrato, dentro de los tres días previos-a su firma (STS 61412017, de 16 de noviembre), o a la mera lectura de la escritura por- el notario en el momento de su otorgamiento (STS 464/2014, de 8 de septiembre)."

En definitiva, compartimos con la resolución recurrida que no se acredita que la entidad financiera apelante incidiera en la información de la cláusula suelo en su negociación con la prestataria, para que ésta tuviera un conocimiento cabal de lo que estaba contratando y de la

carga asumida por la suscripción del préstamo con tales condiciones, estimando que la actora no tuvo al tiempo de la firma información suficiente para poder comprender el significado económico que para ella se derivaba de la inclusión de la cláusula en el préstamo hipotecario, sin que las alegaciones del recurrente, ayunas de prueba suficiente, desvirtúen los razonamientos de la sentencia apelada, que estimamos que valoran correctamente la prueba practicada.

QUINTO.- Respecto del motivo de recurso relativo a la improcedencia de condenar a los intereses legales por no estar determinada la cantidad a devolver dejándose pendiente para ejecución de sentencia, pretendiendo la aplicación el principio "in illiquida non fit mora" procede ser igualmente desestimado. En este sentido, cabe citar por todas, la Sentencia de esta Sala de 13 de octubre de 2017, conforme a la cual, "no se trata de cantidad ilíquida, sino claramente determinable en base a meras operaciones matemáticas a realizar por la entidad bancaria".

SEXTO.- En cuanto al pronunciamiento que acuerda la imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada, pretende el recurrente que no se haga una expresa imposición de costas, por considerar que concurren dudas de derecho, motivo igualmente improsperable, ya que el pronunciamiento es conforme con la doctrina jurisprudencial sentada en la STS de 4 de julio de 2017, reiterada en posteriores SSTs de 18 y 19 de julio de 2017, y conforme con la protección que al consumidor dispensa la Directiva 93/13/CEE. En las citadas Sentencias, el Tribunal Supremo ha venido a consolidar una doctrina jurisprudencial, en materia de imposición de costas favorable al consumidor, al entender que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de la instancia se impongan al banco demandado, y ello a pesar incluso del carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016.

SÉPTIMO.- Desestimado el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera, conforme a los artículos 398.1 y 394.1 de la LEC, las costas procesales

devengadas en esta alzada por dicho recurso han de ser impuestas a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad CAJA RURAL DEL SUR, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, representada por el Procurador de los Tribunales Don Manuel Zambrano García-Ráez, contra la Sentencia de fecha 12 de mayo de 2017, dictada por el **Juzgado de** Primera Instancia número Cuatro de Sanlúcar de Barrameda, en autos de Juicio Ordinario número 430/2016, a que este rollo se refiere, y en su virtud, debemos acordar y acordamos confirmarla íntegramente, con imposición a la parte apelante de las costas procesales devengadas en esta alzada y pérdida del depósito constituido.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de Donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

Contra la presente Sentencia no cabe recurso ordinario alguno y cabrían los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal conforme al Acuerdo sobre criterios de admisión relativo a dichos recursos, adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno no Jurisdiccional de 27 de enero de 2017.

Así por ésta, nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."