



Roj: **SAP M 9411/2016 - ECLI: ES:APM:2016:9411**

Id Cendoj: **28079370212016100261**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **21**

Fecha: **03/05/2016**

Nº de Recurso: **76/2015**

Nº de Resolución: **263/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ROSA MARIA CARRASCO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoprimera

C/ Ferraz, 41 , Planta 6 - 28008

Tfno.: 914933872/73,3872

37007740

N.I.G.: 28.074.00.2-2013/0000071

Recurso de Apelación 76/2015

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 05 de Leganés

Autos de Procedimiento Ordinario 248/2013

APELANTE:: D. /Dña. Genaro

PROCURADOR D. /Dña. ARANTXA TORREALDAY GARCIA

D. /Dña. Indalecio

PROCURADOR D. /Dña. RAQUEL NIETO BOLAÑO

APELADO:: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR Dña. INMACULADA IBAÑEZ DE LA CADINIÈRE FDEZ

JF

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:

D. GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL

Dª ROSA MARIA CARRASCO LOPEZ

Dª MARIA ALMUDENA CANOVAS DEL CASTILLO PASCUAL

En Madrid, a tres de mayo de dos mil dieciséis. La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación los autos de juicio ordinario número 248/2013 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Leganés, seguidos entre partes, de una, como Apelantes-Demandantes: D. Indalecio y D. Genaro , y de otra, como Apelado-Demandada: Banco Santander S.A.

VISTO, siendo Magistrado Ponente **la Ilma. Sra. Dª ROSA MARIA CARRASCO LOPEZ**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO



La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Leganés, en fecha, 24 de noviembre de 2014 se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimo la demanda interpuesta por el Procurador D. Mariano Callejo Caballero, en nombre y representación de D. Indalecio , y por la Procuradora Dña. María Dolores Hurtado Rodríguez en nombre y representación de D. Genaro contra Banco Santander S.A., imponiéndole, a la parte actora, el pago de las costas procesales que se hubieren causado."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, admitido en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada, quién se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 29 de junio de 2015, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 11 de abril de 2016.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El juicio ordinario del que trae causa esta apelación se inició mediante demanda promovida por la representación de D. Indalecio ante la ejecución en trámite del préstamo hipotecario -ejecución notarial-promovida por la entidad bancaria acreedora, presentando demanda en la que ejercitaba acción de nulidad del préstamo hipotecario suscrito el 23 de noviembre de 2011 con Banco Español de Crédito S.A (BANESTO), sustituido con posterioridad -cuestión no litigiosa- por Banco Santander -legitimado pasivamente-. En su demanda solicitaba que se dictara sentencia por la que se declarara :

"1.- Que la **cláusula** por la que se fija el tipo de interés variable en EURIBOR +3% es abusiva por contener un **suelo encubierto** en la variación al tipo de interés en perjuicio del consumidor sin haber existido negociación, y en consecuencia ordene al demandado practicar liquidación de todas las cuantías abonadas hasta la fecha con eliminación de dicha **cláusula** y con devolución, en su caso, de las cantidades abonadas en aplicación de aquélla.

2.- Que la **cláusula** por la que se impone el **seguro de hipoteca** con AIG EUROPE, por el que los prestatarios abonarán de una sola vez una prima de 6.906,84 € para la contratación de este seguro cuyo beneficiario en caso de impago es BANESTO, es abusiva, y se ordene su anulación con obligación para la entidad financiera de recálculo de todo lo abonado hasta la fecha con el eliminación de la misma, que equivale a reducir el principal en 6.906,84€.

3.- Que la **cláusula de cesión del crédito** sin necesidad de comunicación a los deudores es abusiva y ordena su anulación.

4 .- **Cláusula de ejecución extrajudicial** en caso de impago es abusiva y ordene su anulación así como la anulación del proceso de subasta extrajudicial que se sigue en la actualidad según relato en Hecho Segundo de esta demanda.

5.- Condene a la entidad a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de las condiciones declaradas nulas de acuerdo con la bases explicadas ut supra.

6.- Y condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento".

Pretensiones que fundaba en relación a la situación de hecho en haber contratado el préstamo con garantía hipotecaria sin haber negociado las **cláusulas** por las que se le imponía una **cláusula suelo** del 3% "en el tipo de interés variable" aunque se redactara como "diferencial", la **cláusula** 5ª en la que se incluyó a su cargo pero en beneficio de la entidad financiera un contrato de seguro siendo la prima de 6.906,84 euros a su cargo lo que había supuesto un incremento en el coste de la operación, la renuncia a que le fuera notificada la cesión del crédito -declarada abusiva en sentencia de 16 de diciembre de 2009 por el Tribunal Supremo - y haberse atribuido la entidad bancaria la posibilidad de ejecutar extrajudicialmente la hipoteca lo que merma sus derechos en cuanto el Notario no puede apreciar si existen **cláusulas** abusivas , y las normas que ampararían su suplico eran la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/98, en la que se había transpuesto la Directiva Comunitaria y resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que dispone las obligaciones de los jueces de estimar de oficio las **cláusulas** abusivas - sentencias de 27 de junio de 2000 , 26 de octubre de 2006 , 14 de junio de 2012 - y del Tribunal Supremo, sentencia de 1 de julio de 2010 .

Se personó en autos Banco Santander S.A acreditando haber asumido la titularidad de todos los bienes, derechos, acciones y obligaciones del Banco Español de Crédito S.A por fusión, habiendo quedado ésta última



extinguida y disuelta sin liquidación de su patrimonio, y contestó la demanda, oponiéndose, atendiendo a cuál era la situación de hecho existente porque el préstamo fue suscrito por el Banco y no solo el demandante sino también D. Genaro , quien es también prestatario, lo que había sido omitido en la demanda, señalando por ser relevante que se suscribió un préstamo pero que el contratado fue novado en varias ocasiones, hubo dos novaciones, siendo la tercera, en la que se amplió el capital, suscrita el 21 de diciembre de 2011, habiéndose modificado mismo la forma de amortización habiéndoles otorgado un periodo de carencia durante el que pagarían solo intereses por mas de dos años -expiraba el 1 de enero de 2014 -, lo que afectaba al resto de condiciones del contrato.

Admite la parte que se convino un interés variable, la posibilidad de ejecutar extrajudicialmente la garantía y un seguro, pero en ningún caso reconoce que no hubiera habido negociación ni que se le hubiera impuesto ninguna de las **cláusulas** que refiere porque todo ello fue consecuencia de la situación de hecho que omite la parte, no solo respecto al préstamo sino la razón por la que se estaba ejecutando que era el incumplimiento por su parte.

Reconoce la demandada la existencia del proceso de ejecución notarial motivado por el incumplimiento de los prestatarios; éste existió porque hubo incumplimiento al no pagar las cuotas como se habían convenido habiéndose ampliado en dos ocasiones el capital, y procediendo a iniciar la ejecución al haber dejado de pagar cuatro cuotas de intereses remuneratorios en el año 2012, siendo incierto que no se hubieran negociado las **cláusulas** que refiere la parte que omite toda referencia a las novaciones mediante las que se modificaron los pactos establecidos sobre capital, carencia e intereses remuneratorios no fijándose ninguna **cláusula suelo** sino un interés variable mas un referencial, siendo este cambio el único que impugna, entendiéndose que es una **cláusula suelo encubierta** lo que no se ajusta a la realidad.

Rechaza al contestar: a).- que la **cláusula** de interés variable convenida sea abusiva por añadirse un diferencial de tres puntos al tipo de interés de referencia porque tiene por objeto un elemento esencial del contrato y habiendo sido negociada porque mediante ella se determinó cuál era el precio del préstamo no procediendo revisar ni el tipo de interés ni el referencial porque el precio es elemento esencial del contrato y porque el referencial cumple el criterio de transparencia; b).- la abusividad de la contratación del seguro porque la **cláusula** quinta fue negociada a consecuencia de superar el importe del préstamo solicitado el 80% del valor de tasación del inmueble que lo garantiza, contratándose para cubrir el mayor riesgo existente, que se convino el seguro pagando la prima de una vez y sin que haya incrementado el importe del préstamo, lo que es "una especulación de la parte"; c) .- la cesión del crédito sin comunicación no es nula por lo resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo de 2009 que no declaró serlo ésta en concreto, pero además por que dicha declaración habría de derivar "perjuicios o renuncia de derechos para el deudor", lo que ni siquiera se ha alegado, remitiéndose a lo resuelto por la Sección 12ª de esta Audiencia, sentencia de 26 de junio de 2013, y d).- La **cláusula** que le permite acudir a la ejecución extrajudicial tampoco es abusiva, **cláusula** 11ª, porque la misma está prevista en el artículo 129 LH por tanto tiene amparo legal siendo una venta pactada y consentida entre las partes, y no supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva porque no produce efecto de cosa juzgada, y porque se ha de considerar un "sometimiento voluntario a un procedimiento alternativo a la ejecución judicial", debiéndose tener en cuenta la reciente reforma Ley 1/2013 que ha permitido precisamente la suspensión del proceso notarial, extrajudicial, siendo dicha **cláusula** clara, comprensiva y transparente.

La entidad bancaria, además de oponerse a los motivos de fondo, resumidos anteriormente, lo primero que sostuvo fue la excepción de falta de litis consorcio activo necesario, lo que reiteró en la Audiencia previa que dio lugar a que se concediera veinte días para que pudiera integrarse correctamente la relación procesal, siendo nuevamente convocados una vez personado D. Genaro , folio 230. Esta segunda Audiencia previa se celebró el 29 de septiembre de 2014 en la que el actor D. Indalecio reiteró su demanda alegando "falta de información" y reiterando la abusividad en los mismos términos de la demanda, y el otro actor se adhirió, y la parte demandada ratificó su contestación salvo en la excepción al haberse personado D. Genaro

Las partes propusieron prueba documental admitiendo la Juez únicamente la referida a la póliza de seguros, que quedó unida, formulando las partes conclusiones escritas, quedando los autos pendientes de ser dictada sentencia, lo que tuvo lugar siendo la misma desestimatoria de las pretensiones de ambos demandantes Señores Genaro Indalecio , quienes han apelado:

I.- D. Genaro alegó como motivos:

1) Infracción "de la reiterada jurisprudencia existente en cuanto a la nulidad de la **cláusula suelo**", alegando que se le impuso, por lo que se había infringido el artículo 82.2TRLUCU al ser un contrato con consumidores, no acreditándose lo contrario por la reiteración en la escritura de expresión tales como "voluntad de las partes", "las partes han acordado" o "finalidad de la novación".



2).- Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (16 de diciembre de 2009) en cuanto "a la cesión del crédito sin comunicación al deudor".

3).- Error de derecho "por no aplicar adecuadamente lo establecido en el artículo 82 del Texto Refundido en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios".

Reiterando a través de este motivo ser nulas las **cláusulas** 5ª y 13ª convenidas -contratación del seguro y ejecución extrajudicial-.

II:- D. Indalecio recurrió alegando en primer lugar haber infringido normas procesales por falta de práctica de prueba al haberse admitido la documental propuesta por su parte consistente en el expediente financiero de contratación del préstamo y reiteró lo alegado en su demanda que entendía era consecuencia de una incorrecta aplicación de las reglas de la carga de la prueba infringiendo lo dispuesto en el artículo 82.2 de la ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, solicitando:

1).- Que se declare nula la **cláusula** tercera bis, por ser una **cláusula suelo "encubierta"** al haber creado la entidad bancaria una apariencia de "interés variable" (remitiéndose a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013), y solicita que se eliminara ese "**suelo** real del 3%" del tipo de intereses variable con recálculo de lo debido.

2).- Declaración de ser abusiva la **cláusula** de cesión de crédito sin comunicación al deudor por vulnerarse la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009.

3).- Nulidad de la **cláusula** referida a la contratación del seguro por impago de hipoteca, por no haber practicado prueba la demandada referida a "su negociación", además de no haber habido "información".

4).- Nulidad "de imponer la posibilidad de optar por la ejecución extrajudicial". Motivo que calificaba de ser el de "mayor trascendencia práctica", calificando a **cláusula** de "ilícita" porque no se habría probado su negociación por lo que era predispuesta y abusiva, remitiéndose a una sentencia dictada por la Audiencia de Palma de Mallorca fechada el 12 de mayo de 2014.

Concluyó suplicando no solo la revocación de la sentencia sino a su vez que se suspendiera de la ejecución extrajudicial lo que fue resuelto por auto de este tribunal de fecha 30 de junio de 2015 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 567LEC, que devino firme al no haber sido recurrido por la parte.

*BANCO SANTANDER S.A se opuso al recurso no solo considerando que correctamente había sido rechazada la prueba sino también el rechazado de la demanda porque no existía **cláusula suelo** alguna, es una **cláusula** de interés variable -interés remuneratorio- convenida con las partes, siendo el precio del préstamo, siendo ese tipo de interés un tipo referencia más unos puntos adicionales, **cláusula** sencilla, y comprensible; añadiendo que siguiendo la tesis de la parte sería la existencia de referenciales, identificando el interés con el referente lo que no es de recibo, al olvidar cuál es el fin del Euribor que es marcar la tendencia alcista o bajista del tipo variable resultante.*

No solo sostuvo al oponerse que no era nula dicha **cláusula** sino tampoco las restantes: la cesión de crédito sin notificación porque dicha renuncia no se ha probado por parte de los apelantes que les causara perjuicio alguno que es lo exigido por la sentencia que afirman haberse infringido -criterio jurisprudencial contenido en la sentencia del Tribunal Supremo de 2009-; la suscripción del seguro por tener una finalidad que era garantizar el cobro del crédito por su parte ante la superación del límite cubierto por la garantía -**cláusula** 5ª- y tampoco la venta notarial, extrajudicial, porque la **cláusula** 11ª materializó un pacto conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y Reglamento. Rechazando por último que se hubiera infringido la regla de la carga de la prueba porque no se ha invertido la misma, y no se ha resuelto por falta de prueba.

SEGUNDO.- Las razones por las que fue denegada la prueba documental propuesta por la representación de D. Indalecio reiteradas al recurrir no han sido en ningún momento desvirtuadas por la parte quien en esta alzada sin articular la solicitud de prueba en su suplico ni formular alegación alguna tras lo resuelto en el rollo, porque debió acompañar la documental junto a la demanda y si no era posible como alegó en la Audiencia previa debió hacerlo en la ese momento no posteriormente.

Y en este caso la parte al margen del argumento de no indicar qué norma procesal fue la infringida por la Juez al denegarla ni en la Audiencia Previa ni con posterioridad, lo que quedó evidenciado fue que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 265LEC no aportó el documento que después afirmaba ser esencial ni alegaba las razones por las que no lo había podido aportar, por tanto no existía motivo para que se accediera ni en aquella instancia ni en ésta a su pretensión. No habiéndose infringido ninguna norma procesal referida a la prueba; norma que no concreta cuál sea tampoco al apelar.



TERCERO.- Son hechos a tener en cuenta para resolver las pretensiones formuladas por los recurrentes los hermanos Genaro Indalecio que ambos suscribieron en el año 2006 un préstamo hipotecario con Banesto para la adquisición de vivienda habitual el 23 de noviembre de 2006, siendo el principal de 262.000 euros a amortizar en treinta años y el interés variable -euribor mas 1,15%-, con bonificaciones en el tipo de interés por contrataciones con Banesto -domiciliación de nómina, seguro del hogar, seguro de vida, tarjeta de crédito de 3.000 euros y plan de pensiones-, y el interés de demora - interés remuneratorio incrementado en seis puntos- .

Este préstamo fue novado el 28 de agosto de 2009, modificándose el capital en 7.735,23 euros -capital 262.000 euros-, el interés remuneratorio que seguiría siendo variable pero fijado en Euribor mas 1,85%, y se llevó a cabo otra novación el 21 de diciembre de 2011 en el que se modificó nuevamente el importe del capital en 7.002,63 euros más -capital 267.500 euros-, y el interés fijándose Euribor mas tres por ciento.

En la escritura de préstamo última de fecha 21 de diciembre de 2011 se convino ampliar de nuevo el capital prestado y se hacía referencia a cuáles eran las características a esa fecha del préstamo, que eran el importe pendiente de amortizar, plazo de amortización -hasta el 1 de diciembre de 2036 -, tipo ordinario - 4,0330%-, periodicidad de los pagos -mensuales- y la fecha de la próxima revisión del interés ordinario -1 de septiembre de 2012-, y cuál la finalidad de la ampliación y "destino de sus fondos", que era cancelar las deudas impagadas, por lo que la mayor cantidad prestada sería indisponible, por razón de ser el fin, cancelar las deudas impagadas, añadiendo que convenían dicha cancelación y el sobrante a "la parcial anticipada del préstamo", en definitiva, lo pretendido era "regularizar las posiciones deudoras", *conviniendo además modificar: estipulación segunda conviniendo un plazo de carencia hasta el 1 de febrero de 2014*, posibilidad de aplazar el pago si estuvieran corriente en él mismo, pudiéndose aplazar, si así lo autorizara el Banco hasta doce cuotas mensuales consecutivas, entre otros acuerdos; *la estipulación tercera referida a los intereses* en la que se convenía un tipo de 3,50% hasta el uno de enero de dos mil catorce; *estipulación tercera bis* fijando la *revisión de los intereses variables* cada periodo de 12 meses después del periodo inicial referido en la estipulación tercera, fijando como interés nominal la suma de añadir tres puntos al "tipo referenciado" o 0,50 puntos al "tipo de referencia sustitutivo" sin redondeos, y el tipo de referencia sería el "Euribor hipotecario" reseñando a su vez cuál el sustitutivo, en su caso, siendo dichos tipos los oficiales y por último se modificaron otras **cláusulas** sobre comisiones, responsabilidades, etc.

Procede además hacer referencia a las estipulaciones ya convenidas en la primera escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 23 de noviembre de 2006:

En la estipulación quinta referida a los gastos que serían del prestatario, se convino de cargo de los demandantes el abono de la prima del seguro a contratar con AIG EUROPE del que sería beneficiaria la entidad prestamista, siendo la razón explicitada cubrir el mayor riesgo derivado de superar el préstamo el 80% del valor de tasación, y siendo su causa o finalidad garantizar un posible incumplimiento de las obligaciones de pago derivadas del préstamo.

Habiendo sido la prima cargado a la cuenta abierta a nombre de los actores.

Estipulación décimo primera fue la de "venta extrajudicial".

Estipulación décimo cuarta en la que los prestatarios se comprometían a que reconocerían, en caso de cesión del crédito, a los cesionarios como acreedores sin necesidad de que se les notificara el otorgamiento de la escritura de cesión conforme a lo dispuesto en el artículo 242 del Reglamento Hipotecario.

CUARTO.- Que lo expuesto se convino no se ha discutido, habiendo quedado acreditado documentalmente sin que la Juez haya infringido norma alguna ni jurisprudencia.

Lo que fue alegado por los apelantes fue ser las **cláusulas** sobre intereses remuneratorios, contratación del seguro, cesión de crédito y ejecución notarial abusivas, ni siquiera fue razón de sus pretensiones, aunque hiciera referencia tanto en la audiencia previa como al apelar a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta a la sentencia dictada el 18-12-2014 - C-499/12 - a ser la razón de ello lo expuesto por el Tribunal sobre falta de información o concesión irresponsable del crédito por Banesto, que era la entidad con quien contrataron.

La cuestión a decidir así fue concretada en la Audiencia previa era la nulidad de las **cláusulas** antes indicadas siendo el motivo no haber sido negociadas, sino impuestas, lo que ha sido resuelto por la Juez atendiendo no a las reglas de la carga de la prueba, si no a la prueba practicada; en ningún momento resolvió, lo que se comprueba de lo razonado en la sentencia, desestimando la demanda por no haber probado los actores el hecho negativo referido por su parte, sino valorando los documentos, cuestión distinta es que se considere que dicha prueba era insuficiente o que debería haberse probado a través de otras pruebas distintas. Por tanto lo dispuesto tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 218, como en la Ley protectora de los Consumidores no se han infringido.



QUINTO. - Lo primero que ha de ser resuelto es si la **cláusula tercera bis** es "**una cláusula suelo encubierta**" como afirman ambos apelantes.

La cuestión litigiosa no fue en ningún caso la nulidad de la **cláusula suelo**, sino si se convino una **cláusula suelo**, o no, en la póliza inicial o en las ulteriores. Que no convino resulta de lo afirmado por los demandantes-apelantes, quienes afirmaban que existía una **cláusula suelo**, pero "**encubierta**" mediante la contratación de un préstamo a interés variable y fijando un índice de referencia como era el Euribor, imponiéndole a los prestatarios un interés que no sería inferior al tres por ciento, por lo que en ningún momento se beneficiarían de las bajadas del Euribor.

La Juez de instancia rechazó que hubiera **cláusula suelo encubierta**, después de hacer dos puntualizaciones, que eran, haber admitido el propio Banco de España en garantía del consumidor la posibilidad de establecer las entidades crediticias un tipo de interés variable a partir de un determinado momento siempre y cuando "se puedan calcular sobre la base de un índice de referencia que sea oficial" y lo resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013 que declaró lícitas, en su caso, las **cláusulas suelo** siempre que su transparencia permitiera al consumidor identificarlas como definidoras del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos -fundamento segundo A) párrafo segundo.

Pronunciamiento que partiendo de lo expuesto hizo porque en la escritura se concreta con total claridad cuáles serían esos índices y en la sentencia no se declaró la nulidad de esta **cláusula**, pero además porque entendía que la misma no era ex novo sino consecuencia de una revisión, consecuencia de unos impagos que habían generado la ampliación del préstamo para poder atender las obligaciones asumidas. Fijando el interés variables con un incremento del índice de referencia, por lo que sí hubo negociación entre las partes, no habiendo la demandada acreditado que alterara el equilibrio de las prestaciones entre las partes; extremo este último que no se discute por los apelantes, no constituyendo ninguno de estos argumentos infracción de las reglas de la carga probatoria porque no se le exige que prueben que era abusiva sino que prueben el desequilibrio, que es un concepto y exigencia distinta. Pero además no cabe pretender sostener el carácter abusivo de dicha **cláusula** como afirman porque no es una **cláusula suelo encubierta** porque no se impone un importe mínimo a abonar en su caso, sino que siempre habrá una referencia que incrementará el Euribor por lo que sí que podría ser superior y/o inferior al tres por ciento; en la **cláusula** no se dispone que debieran abonar una cantidad mínima, en todo caso ese índice de referencia, así resulta de su lectura.

Las partes convinieron que los intereses remuneratorios, que no es nada distinto al precio que se ha de pagar por lo recibido aunque esto sea dinero, fueran variables; habiendo declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la sentencia de 9 de mayo de 2013, del Tribunal Supremo, que la misma no es posible declararla abusiva por ser variable, cuando ese importe se obtenga de una forma clara y fácilmente comprensible. Y cumplirá estas exigencias cuando se aplique el diferencial pactado sobre el interés de referencia convenido, en este caso en primer lugar el Euribor. Pero es más, tampoco la **cláusula suelo**, si se cumple la exigencia de transparencia, ha de ser nula, exigencia que en este caso se cumple, lo que se evidencia de la lectura de la **cláusula**, y su ubicación en el contrato, no generando confusión de cuál había de ser el precio a pagar por el préstamo desde el año 2006; y así se ha venido haciendo aunque al novar y por el motivo no solo de la ampliación del préstamo, se incrementó, se modificó no la referencia sí los puntos que conformarían el total a abonar. No constituyendo en ningún caso esos tres puntos un 3% mínimo a abonar, porque esos tres puntos siempre se aplicarían al índice de referencia.

Debe añadirse ante lo referido por las partes mezclando lo que es el control de abusividad en términos genéricos y la abusividad de la **cláusula suelo**, que el Tribunal Supremo en sentencia del Pleno de 22 de abril de 2015 declaró que "la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE ha resaltado la importancia que en el sistema de Derecho comunitario tiene el control de abusividad de las **cláusulas** no negociadas en contratos celebrados con consumidores. La STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, ha declarado que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público, y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (apartados 43 y 44).

En conclusión, el cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 93/13/CEE ha forjado como un principio de interés general del Derecho de la Unión la supresión de las **cláusulas** abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores. Este interés general, situado en el terreno de los principios y por encima del interés particular de cada consumidor en cada caso concreto, es el que justifica la no vinculación del consumidor a las **cláusulas** abusivas, y que, como veremos más adelante, tal desvinculación deba ser apreciada de oficio



por los órganos judiciales, en una dimensión que entronca con el orden público comunitario. La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio esencial del ordenamiento jurídico (artículo 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de **cláusulas** abusivas en los contratos".

En este mismo sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Auto de 11 de Junio de 2015, recaído en el asunto C-602/13 , ha indicado que dentro del proceso de ejecución hipotecaria cabe analizar la posible abusividad de una **cláusula** contenida en el título objeto de ejecución, al amparo de las previsiones contenidas en la Directiva 93/13, dada la especial importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, que se encuentran en situación de inferioridad en relación con los profesionales, debiendo tener en cuenta al amparo de lo previsto en el art 4 de la Directiva citada, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando las circunstancias que concurrieran en su celebración, siempre que tales **cláusulas** causen un detrimento del consumidor por un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de dicho contrato, señalándose en esta resolución que cuando el Juez nacional constata el carácter abusivo de una **cláusula** de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal **cláusula** no haya llegado a aplicarse no se opone a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la **cláusula** en cuestión.

No se ha de olvidar la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 22 y 29 de abril de 2015 en las que partiendo de que el interés remuneratorio convenido en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y define el objeto del contrato, no está sometida al control de abusividad. Literalmente, remitiéndose a la sentencia de 9 de mayo de 2013 señaló que "... también afirmamos que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones, no obsta a que el sistema las someta al doble control de transparencia (apartados 198 y siguientes de dicha sentencia).", ahora bien, sí cabe examinar si esa **cláusula**, cuando haya de ser calificada de "**suelo**", o lo pretendido por los apelantes, pueda ser examinada desde un doble control de transparencia y de incorporación, que atendiendo no a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la **cláusula** predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, "la transparencia documental de la **cláusula**, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una **cláusula** que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

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 han de redactar de manera clara y comprensible para posibilitar el conocimiento del contenido, cumpliendo así el control de inclusión, pero además han de utilizarse expresiones comprensibles, redactadas de forma legible no alterando cuál sea el objeto del contrato o el equilibrio económico sobre el precio y la prestación. Y han de ser transparentes, conforme viene exigido por la Directiva 1993/13/CEE que conecta la transparencia con el juicio de abusividad en su artículo 4.2 (la apreciación del carácter abusivo de las **cláusulas** no se referirá a [...] siempre que dichas **cláusulas** se redacten de manera clara y comprensible »), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. "



La **cláusula** convenida de intereses moratorios ni la primera ni la que fue novada, incrementó los puntos a aplicar sobre el índice de referencia es una **cláusula suelo encubierta**; ni lo fue inicialmente ni después. Basta con leer la **cláusula** tercera bis contenida en la escritura de 2006 y la novada de 2010 para llegar a dicha conclusión porque en ellas perfectamente concretadas, de forma separada y utilizando expresiones claras se indica cuál era el precio a pagar; y como se conformaría el mismo, no calificándose así por incrementarse los puntos a aplicar al índice referencia Euribor ni al sustitutorio. En ningún momento se convino que hubiera de pagar una cantidad mínima invariable; siempre ese importe dependerá del Euribor. No habiéndose convenido un **suelo** del 3%. En consecuencia este motivo debe ser rechazado.

SEXTO. - Los actores D. Indalecio y D. Genaro reiteran al apelar que la **cláusula 14^a** es nula por abusiva sin alegar motivo alguno porque no lo son reiterar lo ya alegado, y rechazado en la sentencia. El artículo 465.5LEC exige que se impugne por quien apela lo que significa exponer cuál es el error bien de valoración bien de aplicación de normas o jurisprudencia, no teniendo dicha significación o sentido reproducir lo ya alegado y rechazado, y por tanto no concretado el motivo habría ya de entrada razón para rechazar el motivo, pero además en este caso, entiende este tribunal que lo resuelto por la Juez es conforme no solo a la norma, artículo 242RH sino jurisprudencia, porque no basta con reiterar que es nula la **cláusula** por la que se autorizó a la parte acreedora que pudiera, no ceder, sino hacerlo sin notificárselo, porque lo convenido se ajusta primero a la no exigencia de autorización para **ceder cualquier crédito**, incluso el hipotecario, y segundo porque la exigencia en relación con los créditos hipotecarios es que se le notifique pero sin hacer depender de ello la cesión, y es por ello que se puede renunciar a la notificación.

Al resolver este motivo es preciso tener en cuenta que en nuestro ordenamiento es regla general que el crédito es susceptible de cesión, sin necesidad de conocimiento o consentimiento del acreedor, artículo 1557CC, pero está articulado para que la misma no perjudique los derechos del cedido que desconozca o no haya consentido la cesión, por tanto si la desconoce el pago que realice le liberará de su deuda, artículo 1527CC y podrá alegar la compensación de créditos, artículo 1198 Cc.

El crédito hipotecario también se puede ceder, artículo 149 y siguientes y 176 LH y artículos 242 a 244 del Reglamento; en el primer precepto la Ley hipotecaria se remite al artículo 1526 del Código Civil que permite la cesión genérica del crédito, disponiendo no obstante el artículo 151LH que cuando se haya omitido la notificación, cuando haya de realizarse, será responsable de los perjuicios el cedente, y el artículo 242RH indica que del contrato de cesión se habrá de dar conocimiento al deudor salvo que hubiera renunciado a ese derecho "en escritura pública o se tratase del supuesto previsto en el artículo 150LH, es decir, hipoteca constituida para garantizar obligaciones transmisibles por endoso o títulos al portador

El Tribunal Supremo en sentencias de 11 de julio de 2005, 19 de febrero de 2004 y 21 de marzo de 2002 ha declarado que si bien no es preciso el consentimiento del cedido para que tenga lugar la cesión del crédito si ha de conocerla para evitar que pague al cedente y quede liberado, porque recibirá el importe quien ya no es titular del crédito. En definitiva para que la cesión del crédito se produzca no es preciso el consentimiento pero sí para que éste quede vinculado, quedando obligado a pagar a quien es titular, y sino lo hace no se liberará.

En ningún caso es admisible que la cesión vulnere los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios, así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en la sentencia a la que los recurrentes se ha venido refiriendo de 16 de diciembre de 2009, y otras anteriores como la de 15 de julio de 2002; porque la cesión no le puede privar de los derechos que él mismo tiene, es decir, el de liberarse pagando a quien era el titular del crédito si no se le ha notificado. En definitiva lo que no es posible es admitir **clausulas** que generen perjuicios, por tanto los efectos.

En la sentencia referida por la parte de 16 de diciembre de 2009 lo que se declara nulo es la posibilidad de eximir de la notificación cuando la cesión no lo es del crédito sino del contrato; entendiéndose que las **cláusulas** que le fueron sometidas a examen lo era del contrato; en ningún caso resolvió que la **cláusula** de cesión de crédito fuera abusiva ni que la no notificación o que se consienta por el cedido sea abusivo; lo que considera abusivo es la renuncia a la notificación cuando a través de ella se esté renunciando a los derechos que tiene el cedido por disposición legal; pero esto no es lo planteado en este caso, y no se recoge en la **cláusula** cuya nulidad se pretende por la parte. No considera este tribunal que la **cláusula** tal y como está redactada perjudique a los recurrentes, porque en ella lo único que se convino fue que no habría que notificarle la cesión del crédito lo que es acorde con lo dispuesto en el artículo 1527CC y corrobora la doctrina jurisprudencia.

Los recurrentes en ningún caso renunciaron a las consecuencias adversas que pudieran derivarse frente a los mismos por razón de esa falta de comunicación. No considera este tribunal que dicha **cláusula** sea nula porque de la misma no se infiere ningún perjuicio para los apelantes.

SEPTIMO.- Tal y como se ha transcrito en el fundamento tercero se convino en la estipulación quinta que podría suscribir la entidad bancaria un seguro "**de impago de hipoteca**" cuya nulidad solicita porque según él mismo



ello habría supuesto un incremento del "montante" del préstamo, refiriendo en apoyo de este motivo lo resuelto por el Juzgado número 1 de Getafe en un proceso de ejecución hipotecaria seguido ante él mismo.

De la lectura de este motivo se comprueba que la parte no está impugnando en los términos que dispone el artículo 465.5lec sino reproduciendo lo que alegó en la instancia, en concreto en su escrito de conclusiones, de ahí la referencia a aportar la resolución del Juzgado antes reseñado (auto dictado en el proceso de ejecución de título no judicial número 769/2009, folio 312, que está unida a los autos al haberla aportado con ese escrito presentado en la instancia). No concreta cuáles son las razones de su discrepancia más allá de su petición no abonar la prima del seguro, según lo pactado, y de considerar, porque así lo ha venido afirmando y reitera en el primer párrafo no haber acreditado la entidad bancaria la existencia de negociación de la que sería consecuencia dicha **cláusula**; motivo éste, inexistencia de prueba de haberse convenido o negociado la **cláusula** no era ni es de recibo al no tener la parte en cuenta el por qué de este pacto, que garantiza el mayor riesgo asumido por la entidad prestamista al superar lo prestado el 80% del valor de tasación.

Lo resuelto en el Auto aportado junto al escrito de conclusiones no es extrapolable a este supuesto, al margen de no ser firme y no constituir doctrina jurisprudencial; no es extrapolable a este caso porque en él se hace referencia a constituir esta **cláusula** el "establecimiento de una nueva garantía" complementaria a la de la propia finca hipotecada y a la existencia de "fianza", porque en este caso no es una nueva garantía, sino una garantía consecuencia de una circunstancia que era no cubrir en ningún caso la garantía del bien hipotecado el total porque se le prestó más del 80% que era lo garantizado por el inmueble gravado; y es por ello que este tribunal coincide en ser una **cláusula** convenida que reunía los requisitos de inclusión y transparencia en todo caso, además de ser un presupuesto para la concesión del préstamo. Por tanto este motivo también ha de ser rechazado.

OCTAVO. - Por último ha de resolverse si la **cláusula** de "optar por la Ejecución Extrajudicial" es o no nula por ilicitud que es la calificación que de la misma hace la parte.

El tribunal de instancia ha rechazado que sea nula lo que se recurre remitiéndose a la doctrina del Tribunal Supremo contenida en sentencia de 4 de mayo de 1998, reproducida en otras posteriores de los años incluso 2005 y 2007 que son las trascritas al recurrir. Remisión hecha sin tener en cuenta un dato relevante que es, al margen de las fechas de esas sentencias -años 2005, 2007 y 2008 del Tribunal-, resolver supuestos anteriores a la reforma habida por la Ley 1/2000, momento a partir del cual no se plantea el tema de la inconstitucionalidad de la norma, artículo 129LH, que define el supuesto no "venta judicial" es decir, un proceso de ejecución, elegido por las partes, y esto atendiendo a girar la normativa procesal sobre la libertad de pactos y voluntarismo de las partes litigantes en todo caso.

Cabe añadir que la inconstitucionalidad a la que la parte recurrente se refiere no puede ser motivo para declarar la nulidad de la **cláusula** decimoprimer porque ese argumento recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 -Ponente Sr. Almagro Nosete- las posteriores del mismo Tribunal, así las de fechas 10 de octubre de 2007 y 14 de julio de 2008 de las que fue Ponente el Sr. Salas Carceller, ésta última con un voto particular del también Magistrado Sr. Gullón, por lo ya referido; pero además porque en dichas resoluciones no se hace referencia en ningún caso a ser nula la **cláusula** sino la inconstitucional el procedimiento.

La inconstitucionalidad del artículo 129LH y de las normas reglamentarias, complementarias del mismo, artículo 236RH y siguientes, fue consecuencia de ser preconstitucionales pero ello fue superado a través de la regulación del referido precepto, artículo 129LH a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, que dio nueva redacción al precepto, configurando este proceso como una "venta" no judicial, es decir, un proceso ejecutivo; precepto que ha sido nuevamente modificado por Ley 1/2013.

Lo convenido en la escritura de préstamo fue, así consta, una "venta extrajudicial" según lo dispuesto en el artículo 129LH precepto postconstitucional por tanto en tanto no se declare así es legal; y al mismo se refiere lo pactado, aunque eso sí haciendo constar cuáles serían los valores de tasación, cuál el domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones y quien debía en su caso otorgar la escritura de venta.

Los argumentos de ilicitud y/o inconstitucionalidad no proceden primero por lo ya indicado y segundo, porque en ningún caso se ha planteado ante el Tribunal Constitucional que lo sea. Cuestión distinta es si procede una vez examinada la **cláusula** concluir que la misma es nula por ser abusiva por haber sido impuesta y provocar o generar desequilibrio entre las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 82.1LGDCU.

Entiende este tribunal que no cabe apreciar la abusividad porque no existe desequilibrio alguno porque no hay intercambio entre las partes, y porque lo transcrito es una norma legal cuya legitimidad no está declarada, tampoco por el Derecho comunitario, porque no se contempla que lo sea ni en sí misma ni en términos generales, primero porque está previsto el sistema en nuestra legislación y porque cumple las exigencias para su validez porque la **cláusula** es transparente, y no excluye en ningún momento el control judicial como se ha



evidenciado; este proceso es la evidencia de que el control existe, porque pudo la parte acudir a este proceso a los efectos de que se revisaran las **cláusulas** que consideraba abusivas. Este motivo último también ha de ser rechazado.

NOVENO. - Las costas de esta alzada han de serle impuestas a la parte recurrente conforme a lo dispuesto en los artículos 394 y 398 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S

En virtud de lo expuesto, el Tribunal HA DECIDIDO DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación respectivamente de los demandantes D. Indalecio y D. Genaro contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Leganés el 24 de noviembre de 2014 , que se CONFIRMA imponiendo a los apelantes las costas de esta alzada.

Contra la presente resolución cabe el Recurso de Casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, en los términos previstos en el art 469 de la LECv, en relación con la Disposición Final Decimosexta de la misma, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal y del que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Se decreta la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico