



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 5  
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00170/2016

N10250

PLAZA MERCAT, 12

Tfno.: 971-728892/712454 Fax: 971-227217

**N.I.G.** 07040 47 1 2014 0001117

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000157 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de PALMA DE MALLORCA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000698 /2014

Recurrente: ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~

Procurador: GONZALO BERNAL GARCIA

Abogado: RICARDO GONZALEZ ZAYAS

Recurrido: BANCO MARE NOSTRUM SA

Procurador: MARIA MAGINA BORRAS SANSALONI

Abogado: PEDRO ANTONIO FUENTES GUERRERO

**S E N T E N C I A N º 170**

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

Magistrados:

D<sup>ª</sup> COVADONGA SOLA RUIZ

D<sup>ª</sup> ARANTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En Palma de Mallorca a diecisiete de junio de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma bajo el número 698/14, Rollo de Sala número 157/16, entres partes, de una, como demandante apelante ~~DON ANTONIO~~, representado por el Procurador de los Tribunales DON GONZALO BERNAL GARCÍA y asistido del Letrado DON RICARDO GONZÁLEZ ZAYAS y, de otra, como demandada apelada BANCO MARE NOSTRUM S.A., representada por el Procurador de los Tribunales

DOÑA MARIA BORRAS SANSALONI y asistida del Letrado DON PEDRO FUENTES GUERRERO.

ES PONENTE la Magistrada D<sup>a</sup> COVADONGA SOLA RUIZ

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma en fecha 27 de noviembre de 2015 se dictó Sentencia cuyo Fallo es del tenor literal "Que con DESESTIMACIÓN ÍNTEGRA de la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Don Gonzalo Bernal García, en nombre y representación de Don Antonio Vilaros Soler, contra la entidad mercantil Banco Mare Nostrum S.A. representada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Magina Borrás debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la entidad mercantil Banco Mare Nostrum S.A. de todos los pedimentos contenidos en la demanda. Todo ello sin imposición de costas procesales".

**SEGUNDO.-** Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 7 de junio del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

**TERCERO.-** Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Contra la resolución de instancia que desestima en su integridad la pretensión ejercitada por la parte actora de que se declare nula, por abusiva, la cláusula que se contiene en la escritura de novación de préstamo hipotecario de fecha 26 de abril de 2012, por la que se estipula una limitación a

la variación del tipo de interés aplicable en orden a que no podrá ser inferior al 4% ni superar el 14%, se alza la parte actora alegando como motivos de impugnación y en síntesis que la cláusula impugnada no cumple con el doble control de transparencia al que se refiere la resolución recurrida, desde el momento en que como ya alegó en su demanda, la misma fue introducida sorpresivamente en las escrituras de novación, sin advertencia expresa alguna y sin ningún tipo de información previa al respecto de su inclusión, por lo que termina suplicando se revoque la resolución de instancia y en su lugar, se declare la nulidad de la misma y se condene a la demandada a restituirle en las cantidades que hubiera podido cobrar en exceso por la aplicación de la misma y al pago de las costas del procedimiento.

En sentido inverso la parte demandada, oponiéndose al recurso de apelación, interesa la confirmación de la resolución recurrida, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

**SEGUNDO.-** Centrado de este modo los términos de la presente alzada, este Tribunal revisado nuevamente el contenido de los autos y el resultado de las pruebas practicadas, si bien concuerda los razonamientos jurídicos que se contienen en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero de la resolución recurrida, no compartimos la valoración probatoria que se efectúa en orden a que, en el caso, la cláusula impugnada supera el doble control de transparencia a que se refiere la STS de 9 de mayo de 2013, que se cita en la propia resolución recurrida.

Al contrario, como ya tuvo ocasión de señalar este mismo Tribunal en Sentencia de fecha 10 de noviembre de 2015, resolviendo un caso, prácticamente idéntico al que nos ocupa, decir, por lo que respecta al control de transparencia a que

se refiere la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, la mas reciente STS Pleno de 8 de septiembre de 2014 viene a insistir en que *"En el marco específico y diferenciado del presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación ... el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión (art. 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y el artículo 80.1 a TRLGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resultan a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se derivan del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014..*

*... el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación, y por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevante tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en si mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE*

de 21 de febrero de 2013 y de 14 de marzo de 2013, así como STS de 26 de mayo de 2014..

... el control de transparencia como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014, declarando, entre otros extremos, que "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencia económicas derivadas a su cargo".

**TERCERO.-** A continuación la citada resolución, da respuesta a la incidencia que pueden tener precisamente las alegaciones

que efectuó la parte demandada en su escrito de contestación, para justificar que cumplió con su deber de comprensibilidad real del reparto de cargas económicas y refiere al efecto no sólo que la parte predisponente no puede descargar el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados, sino igualmente que "sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia.

En segundo lugar, una vez que ha quedado excluido el cumplimiento, por parte del predisponente, del deber de transparencia en el propio curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta cabe plantearse, en su caso, si este control queda acreditado en el ámbito de la "transparencia formal o documental" que acompaña a este modo de contratar, particularmente del documento en donde se contempla la llamada oferta vinculante. Al respecto, la respuesta debe ser también negativa pues el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un "tipo mínimo anual", queda encuadrada en el apartado correspondiente rubricado con referencia exclusiva al "tipo de interés variable" (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento

razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios, todos ellos, tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013".

Argumentación que se reitera en la STS Pleno de 24 de marzo de 2015, en la que tras insistir en la necesidad de que el consumidor adherente pueda hacerse una idea cabal y suficiente de las importantes consecuencias económicas que puedan tener la inserción de dicha cláusula añade respecto a la actuación del notario autorizante "Debe tomarse en consideración que el art. 84 TRLCU solo prevé que el notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Y que el art. 7.3.2.c) de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, al prever que el notario advertirá sobre los "(...) límites a la variación del tipo de interés", establece que "en particular cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiéndolo de ello a ambas partes"... "Por último, 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 adoptado en base a una información inadecuada".

**CUARTO.-** Basta una simple lectura de las escrituras de novación del préstamo hipotecario, que fueron adjuntadas con el escrito de demanda, para concluir, que resulta de plena aplicación al caso la doctrina expuesta, desde el momento en

que como en aquel supuesto analizado por el Tribunal Supremo, del resultado de la prueba practicada no cabe deducir que el alcance de las cláusulas suelos formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo y "tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente ... en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula mas amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo".

Para finalizar decir que tampoco podemos deducir que se cumplió adecuadamente con ese deber de información previo, del testimonio vertido por la empleada de la demandada Sra. Fosse González, pues si bien reconoce que intervino en la novación llevada a cabo en el año 2012, y que informó personalmente al actor de la inclusión de la cláusula suelo, igualmente reconoció que en la anterior novación (en la que no intervino) ya constaba incluida una cláusula suelo si bien con un límite temporal, pero que no recuerda si hizo saber al actor que con la nueva novación se excluía dicho límite temporal, incluso llegó a afirmar que desconoce si consta así en la escritura de novación en la que intervino.; es precisamente por ello por lo que discrepamos de la conclusión expuesta en la resolución recurrida, al considerar que: a) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar y c) no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad - caso de existir - o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas, y que se reiteran en la STS Pleno de 24 de marzo de 2015.



Por lo demás, tampoco podemos pasar por alto que no cabe deducir de aquel testimonio que la cláusula impugnada fuera negociada individualmente con la actora, dada su condición de empleada de la demanda, lo que por si sólo puede fundamentar que se ponga en duda la imparcialidad de su testimonio, pues lo relevante es que la simple información de la limitación a la variabilidad de los tipos de interés, no cabe realizarla de manera desconectada respecto al resto de las cláusulas transcritas en la escritura y de las que se deriva que se pone la atención, en orden al precio del contrato, en el aspecto central relativo a que el mismo opera a interés variable en función de las fluctuaciones del Euribor mas el diferencial pactado y al plazo de amortización del préstamo, siendo éste la finalidad principal de aquellas novaciones, como manifestó el actor y vino a reconocer la propia testigo al referir que la novación fue la solución que se dio al actor ante su dificultad de atender a las cuotas anteriores.

Recordar, al respecto que la STS de 24 de marzo de 2015 insiste en que para que "estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre el 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 *similar sentido la STS DE 29 de abril de 2015, razona que: "La cláusula suelo es abusiva por falta de transparencia.-*

3.- En la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, 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).

Este doble control consiste en que, además del control de incorporación, que atiende 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 ».

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y

comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« 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.

Así lo hemos declarado también en la sentencia nú. 138/2015, de 24 de marzo"

A continuación analiza las circunstancias que concurren en el caso para declarar la abusividad de la cláusula suelo cuestionada, por falta de transparencia, similares a las que concurren en el presente, a saber:

a) la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en las que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero, cuando lo cierto es que ya desde el inicio, la inclusión de la cláusula implica la existencia de un tipo de interés fijo.

b) Falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

d) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

e) Inexistencia de advertencia previa, clara y comprensible, sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Recordar que aún cuando la concurrencia de uno sólo o varios de estos indicios o circunstancias no presupone "per se" que la cláusula necesariamente sea abusiva, el propio Auto de aclaración de la STS de 9 de mayo de 2013, si que refiere que puede bastar con que concorra uno solo de ellos para declarar la abusividad.

**QUINTO.-** Para finalizar decir, que igualmente discrepamos del pronunciamiento de instancia en orden a que no puede ser considerado que el actor ostente la condición de consumidor, por el simple hecho de que el destino de la operación fue la refinanciación y reestructuración de sus deudas, al contrario, aún cuando no se pone en duda que esa fue una de sus finalidades, pues así se deduce del informe del Delegado de Sa Nostra de fecha 21 de noviembre de 2006 (aportado con la contestación a la demanda), en el propio informe se deja igualmente constancia que el préstamo inicial concertado con otra entidad bancaria (Sabadell) y que se cancelaría con el préstamo que nos ocupa, iba destinado a reformar su vivienda habitual, para posteriormente ponerla a la venta y poder recuperar su capacidad de pago. Y es precisamente por ello que resulta de plena aplicación al caso, y a efectos de reconocer al actor la condición de consumidor en la concreta operación que nos ocupa, la reciente STS Pleno de 3 de junio de 2016:

"Aplicación de la normativa de protección de consumidores . El hecho de que, tal y como ha quedado acreditado en la instancia, el préstamo hipotecario inicial, en el que se incorporó la cláusula controvertida, fuera destinado a la adquisición de una vivienda habitual y que la posterior ampliación se destinara a otra finalidad, propia del tráfico mercantil o del uso personal, no impide que pueda aplicarse la normativa sobre protección de consumidores para juzgar sobre el carácter abusivo de la cláusula 6ª del contrato de préstamo hipotecario, ni tampoco permite concluir que esta cláusula fuera negociada individualmente.

Es cierto que, de acuerdo con la doctrina contenida en la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14) para decidir si el contrato está sujeto a la normativa de consumidores, lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas del contratante. En nuestro caso, como veremos a continuación, no puede afirmarse que el préstamo hipotecario esté destinado a la actividad empresarial del Sr Carmelo, razón

por la cual no puede negársele en la relación contractual controvertida la condición de consumidor.

La cláusula controvertida se introdujo en el contrato inicial de préstamo hipotecario, de 18 de noviembre de 2004, respecto del que no existe duda de que, por haber sido destinado a la adquisición de una vivienda habitual, estaba afectado por la normativa de consumidores. La ampliación del crédito realizada el 28 de septiembre de 2005, lo fue por una cuantía tan poco relevante (8.000 euros) en relación con el importe del inicial préstamo hipotecario (295.000 euros), que no puede transformar el contrato novado en un contrato concertado por un profesional o empresario para su actividad profesional o empresarial. Además, tampoco consta acreditado que el destino de la ampliación fuera una actividad ajena al consumo. Sólo se deja constancia de que fue destinado a una actividad distinta a la adquisición de la vivienda habitual. El tribunal de instancia se refiere en general a otra finalidad propia del tráfico mercantil o del uso personal, sin mayor determinación. Y este uso personal puede estar amparado por la normativa de consumidores.

3.- Por otra parte, conforme a lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva

1993/13/CEE, «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». Y hemos venido entendiendo, en sentencias 241/2013 de 9 de mayo, 222/2015, de 29 de abril y 265/2015, de 22 de abril, que hay «imposición» de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros

operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente, como es el caso en que no consta acreditada la negociación.

Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, «es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario» (sentencia 265/2014, de 22 de abril).

Como recordábamos en la citada sentencia 265/2015, de 22 de abril, «[e]s un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (art. 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 TRLGDCU) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C226/12, caso Constructora Principado, en su párrafo 19». Y es que, «el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que

determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente".

**SEXTO.-** Resta por analizar los efectos de la declaración de nulidad, al respecto la parte apelante interesa que se condene a la demandada a restituirles las cantidades que hubiera podido cobrar en exceso por aplicación de la referida cláusula durante toda la vida del préstamo, frente a la demandada que considerara que no procede la restitución de las cantidades ya abonadas.

Sobre dicho extremo, aún cuando no es pacífica la solución dada por las distintas Audiencias Provinciales, este Tribunal ha venido estableciendo desde su resolución de fecha 16 de julio de 2015, con cita a otras anteriores de 26 de mayo de 2014 y 31 de marzo de 2014, que "no corresponde a los tribunales de instancia corregir la jurisprudencia que establece el Tribunal Supremo, sino que habrá de ser éste, a través de la resolución de los oportunos recursos extraordinarios quien, llegado el caso, mantenga, modifique o rectifique su criterio" añadíamos con cita a la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 6 de marzo de 2014, que "la STS de 9 de mayo de 2013 es una sentencia de Pleno que, como tal, vincula a los órganos jurisdiccionales en la forma en que la jurisprudencia es fuente del Derecho (véase el acuerdo de la junta general de magistrados de la Sala Primera del TS de 30.12.2011, en interpretación del requisito del "interés casacional"). En la mencionada sentencia de pleno, además de analizar las peculiaridades propias de las acciones ejercitadas, se declara



con toda contundencia que las cláusulas suelo no son cláusulas nulas y que podrían integrar el contenido del contrato cuando se inserten con carácter general en contratos celebrados entre profesionales y consumidores si superan el estándar del control de transparencia. No se está, por tanto, ante una nulidad estructural que afecta a un elemento esencial del negocio o de la estipulación en cuestión, como sucede con la nulidad general que contempla el art. 1303, sino ante una nulidad funcional derivada de la exigencia de protección de la parte más débil de la relación jurídica. Pero además, en el caso de cláusulas como la que ocupa que definen el objeto esencial del contrato y que, en sí mismas, son cláusulas lícitas, como regla general no cabe operar sobre ellas con la técnica del control de contenido. Su control, desde el punto de vista de la protección del consumidor, se lleva a cabo a través de lo que la sentencia denomina doble filtro o control de transparencia, al considerarse que la cláusula no ha sido válidamente incluida por los motivos expuestos en el apartado 225 de la repetida sentencia. Por tanto, su ineficacia viene dada de las peculiares condiciones en que se incorporaron al contrato y de las singulares exigencias de protección de la información proporcionada a la parte más débil de la relación jurídica.

Por todo ello, y como se argumentaba en la repetida sentencia de esta Sección de 13 de febrero de 2014, resulta lógico que se excepcione el régimen general de la nulidad contractual previsto, como hemos señalado, para supuestos diferentes al que ahora nos ocupa, de ahí que las razones expuestas en el fundamento jurídico decimoséptimo de la sentencia del Pleno, en especial, la exigencia de respetar el principio de seguridad jurídica en relación con la conservación de efectos ya consumados, resulten plenamente aplicables al presente supuesto".

En consecuencia, los efectos de la nulidad que se declara operan desde la publicación de la sentencia de 9 de mayo de

2013, conforme a la doctrina sentada por la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 2015, que establece que "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, , ratificada por la de 16 de julio de 2014 y la de 24 de marzo de 2015 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

**SÉPTIMO.-** En consonancia con todo lo expuesto, no cabe sino estimar parcialmente el recurso de apelación y revocar en el modo expuesto la resolución apelada, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales devengadas en ambas instancias.

**OCTAVO.-** Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, en su apartado 8, se acuerda la devolución de la totalidad del depósito constituido para recurrir a la parte apelante.

En atención a lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

**FALLAMOS**

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales DON GONZALO BERNAL GARCÍA, en representación de DON ANTONIO VILAROS SOLER, contra la Sentencia de fecha 27 de noviembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma, en los autos de Juicio Ordinario número 698/14, de que dimana el presente

Rollo de Sala, REVOCAMOS dicha resolución y en su lugar, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda formulada por DON ANTONIO VILAROS SOLER contra BANCO MARE NOSTRUM S.A.

1.- DECLARAMOS la nulidad, por abusiva, de la estipulación que en orden a la variación del tipo de interés inicial se contienen en la escritura de novación de préstamo hipotecario de fecha 26 de abril de 2012, en la parte que refiere "Las partes convienen expresamente que cualquier que fuere lo que resultare de la revisión del tipo de interés, el tipo aplicable como interés ordinario, así como el sustitutivo, en ningún caso será superior al CATORCE POR CIENTO (14,00%) ni inferior al CUATRO POR CIENTO (4,00%)".

2.- CONDENAMOS a BANCO MARE NOSTRUM S.A., a devolver a la parte actora las cantidades percibidas en virtud de la cláusula declarada nula a partir del día 9 de mayo de 2013 más los intereses legales desde su cobro hasta la fecha de su devolución.

3.- No se hace expresa imposición sobre las costas procesales devengadas en ambas instancias.

4.- Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir a la parte apelante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## Información sobre recursos.

**Recursos.- Conforme** al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las **sentencias** dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el **recurso extraordinario por infracción procesal** por el **recurso de casación**, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

**Órgano competente.-** es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

**Plazo y forma para interponerlos.-** Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

**Aclaración y subsanación de defectos.-** Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección quinta de la Audiencia Provincial nº 0501, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.