



Roj: **SAP CC 454/2013 - ECLI: ES:APCC:2013:454**

Id Cendoj: **10037370012013100148**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2013**

Nº de Recurso: **223/2013**

Nº de Resolución: **168/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO MARIA GONZALEZ FLORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00168/2013

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de CACERES

N01250

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 927620309 Fax: 927620315

N.I.G. 10037 41 1 2012 0019869

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000223 /2013

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CACERES

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000303 /2012

Apelante: CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES

Procurador: LUIS GUTIERREZ LOZANO

Abogado: RAFAEL GUTIERREZ OLIVARES

Apelado: Joaquina

Procurador: MARIA VANESA RAMIREZ CARDENAS FERNANDEZ DE AREVALO

Abogado: JOSE LUIS PICADO DOMINGUEZ

S E N T E N C I A NÚM.- 168/2013

Ilmos. Sres. =

PRESIDENTE: =

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS: =

DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =

DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA =

Rollo de Apelación núm.- 223/2013 =



Autos núm.- 303/2012 =

Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres =

=====

En la Ciudad de Cáceres a veinte de Junio de dos mil trece.

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Juicio Ordinario núm.- 303/2012, del Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres, siendo parte apelante, el demandado **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, SAU**, representado en la instancia y en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. **Gutiérrez Lozano**, y defendido por el Letrado Sr.- **Gutiérrez Olivares**, y como parte apelada, la demandante, **Joaquina**, representada en la instancia y en la presente alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Ramírez Cárdenas Fernández de Arévalo**, y defendida por el Letrado Sr. **Picado Domínguez**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 y de lo Mercantil de Cáceres, en los Autos núm.- 303/2012, con fecha 5 de Marzo de 2013, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: ESTIMO la demanda interpuesta por Dª Joaquina representada por la procuradora Dª Vanesa Ramírez Cárdenas Fernández de Arévalo contra Banco de Caja de España de Inversiones, Salamanca y Soria, SAU, representada por procurador D. Luis Gutiérrez Lozano y, en consecuencia:

A.-DECLARO la nulidad de la condición de la contratación descrita en el hecho primero de la demanda, es decir, de la **cláusula** del contrato de préstamo a interés variable que establece u tipo mínimo de interés y cuya redacción es: En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,50% ni inferior al 3,50%.

B.- CONDE *NO* a la entidad demandada a eliminar tal condición general del contrato de préstamo hipotecario objeto de la presente demanda.

C.- CONDENO a la entidad demandada a devolver a la demandante la cantidad de 5.039,98 euros cobrada de más a fecha de 22 de enero de 2012 por aplicación de la **cláusula** impugnada con sus intereses legales desde la fecha de cada cobro.

D.- CONDENO a la entidad demandada a devolver las cantidades por este concepto que se cobren durante la sustanciación del presente proceso.

E.- CONDENO a la demandada a recalcular y rehacer el cuadro de amortización del préstamo hipotecario suscrito con la demandante y que regirá en lo sucesivo, contabilizando el capital que debió ser amortizado y cuya cuantía asciende a la fecha de la demanda a 1.835,35 euros.

F.- CONDENO a la entidad demandada a abonar el interés legal del dinero establecido en el art. 576 de la LEC .

SEGUNDO .- Frente a la anterior resolución y por la representación del demandado, se interpuso del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO .- Admitida que fue la interposición del recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C ., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

CUARTO .- Presentado escrito de oposición al recurso por la representación de la parte demandante, se remitieron los autos originales al Órgano competente, previo emplazamiento de las partes, que incoó el correspondiente de Rollo de Apelación.

QUINTO.- Recibidos los Autos y el Rollo de Apelación en esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, se procedió a turnar de ponencia; y habiéndose propuesto prueba documental por la parte apelante, con fecha 11 de Junio de 2013 se dictó Providencia que acordaba tener por incorporados los documentos aportados, y no considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día **18 de Junio de 2013**, quedando los autos para dictar sentencia en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C .

SEXTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO** .



II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Frente a la Sentencia de fecha 5 de Marzo de 2.013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 303/2.012, conforme a la cual, con estimación de la Demanda interpuesta por D^a. Joaquina contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U.: A.- Se declara la nulidad de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Primero de la Demanda; es decir, de la **cláusula** del contrato de Préstamo a Interés Variable que establece un tipo mínimo de interés y cuya redacción es "en ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,50% ni inferior al 3,50%"; B.- Se condena a la entidad demandada a eliminar tal condición general del contrato de préstamo hipotecario objeto de la presente Demanda; C.- Se condena a la entidad demandada a devolver a la demandante la cantidad de 5.039,98 euros cobrada de más a fecha 22 de Enero de 2.012 por aplicación de la **cláusula** impugnada con sus intereses legales desde la fecha de cada cobro; D.- Se condena a la entidad demandada a que devuelva las cantidades por este concepto que se cobren durante la sustanciación del presente Proceso; E.- Se condena a la entidad demandada a que recalculé y rehaga el cuadro de amortización del Préstamo Hipotecario suscrito con la demandante y que regirá en lo sucesivo, contabilizando el capital que debió ser amortizado y cuya cuantía asciende a la fecha de la Demanda a 1.835,35 euros, y F.- Se condena a la entidad demandada a que abone el interés legal del dinero establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes, se alza la parte apelante -demandada Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U.- alegando, básicamente y en esencia, como único motivo del Recurso, aun cuando no se diga de manera explícita en el Escrito de Interposición del mismo, error en la valoración de la prueba en cuanto a que la demandante conoció y consintió libremente la **cláusula suelo** al igual que el resto de las condiciones del préstamo hipotecario que suscribió, que el mismo fue negociado individualmente y firmado ante Notario, que el consentimiento fue prestado libremente y que la demandante eligió el tipo de préstamo que le interesó de todos los que le ofreció la entidad demandada, siendo válida la **cláusula** de tipo mínimo suscrita. En sentido inverso, la parte apelada -demandante, D^a. Joaquina - se ha opuesto al Recurso de Apelación interpuesto, interesando la confirmación íntegra de la Sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Centrado el Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, conviene significar, con carácter previo, como premisa inicial y como declaración de principio que la cuestión controvertida, de orden material o sustantivo, planteada en esta alzada (en concreto en todas las vertientes del único motivo) ha sido ya examinada y resuelta por este Tribunal en supuestos -en todo lo esencial- idénticos y de análoga naturaleza al presente, siendo exponente del posicionamiento de esta Sala la Sentencia 327/2.012, de 19 de Junio, dictada por este Tribunal en el Rollo de Apelación número 278/2.012, dimanante del Juicio Ordinario que se siguió ante el mismo Juzgado de instancia (Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres) con el número 902/2.011; criterio que se ha venido manteniendo por este Tribunal de manera constante y reiterada (como, a título de ejemplo, en la Sentencia 373/2.012, de 18 de Julio, dictada por el este Tribunal en el Rollo de Apelación número 398/2.012, dimanante de los autos de Juicio Ordinario que se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres con el número 986/2.011 y más recientemente en la Sentencia 431/2.012, de 5 de Octubre, también dictada por esta Sala en el Rollo de Apelación 502/2.012, dimanantes de los autos de Juicio Ordinario que se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de esta Capital con el número 81/2.012; de modo que, en la Resolución que ahora se dicta, no deberíamos, en principio, sino reproducir en sus propios términos -con la natural adaptación a las peculiaridades singulares del presente caso- los mismos Fundamentos Jurídicos que informaron las expresadas Resoluciones (específicamente, las expuestas en nuestra Sentencia de fecha 19 de Junio de 2.012), en la medida en que la problemática suscitada con la **cláusula** discutida es idéntica, los motivos del Recurso de Apelación son básicamente los mismos, y la parte apelante no ha alegado ningún razonamiento fáctico ni jurídico nuevo o distinto que no hubiera sido ya considerado por este Tribunal en las expresadas Resoluciones; no obstante lo cual y, sin embargo, no puede desconocerse que el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, en la Sentencia 241/2.013, de fecha 9 de Mayo de 2.013 (y en el Auto de Aclaración de dicha Sentencia de fecha 3 de Junio de 2.013), ya se ha pronunciado expresamente sobre la problemática jurídica que se ha sometido a la consideración de esta Sala, fijando Doctrina Jurisprudencial, a la que atenderá este Tribunal y a la que, en consecuencia, se ajustará la presente Resolución, lo que exige que este Tribunal modifique parcialmente su criterio en función del contenido de los Fundamentos de Derecho y de la Decisión adoptada por el Alto Tribunal en la expresada Resolución, con acomodación, lógicamente, al concreto supuesto al que se contrae este Juicio.

TERCERO.- El Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, en su la referida Sentencia 241/2.013, de fecha 9 de Mayo de 2.013 (y en el posterior Auto de Aclaración de fecha 3 de Junio de 2.013), ha resuelto la práctica totalidad de las cuestiones materiales en las que se fundamenta el Recurso de Apelación interpuesto y, por



tanto, la problemática relativa a las condiciones en las que resulta procedente declarar la nulidad, por abusivas, de las denominadas "cláusulas suelo" en contratos de préstamo hipotecario con tipo de interés variable, estableciendo una Doctrina, que asume este Tribunal, y que puede concretarse en los siguientes términos, con cita literal de los apartados de los Fundamentos de Derecho de la expresada Resolución que resultan esenciales a los efectos de la resolución de la presente Impugnación.

En síntesis, el Fallo de la indicada Sentencia acuerda: Declarar la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 3, 4 y 5 del Antecedente de Hecho Primero de esa Sentencia por: a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero; b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el Banco; e) 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, y f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad; y se condena a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización. Se declara, asimismo, no haber lugar a la retroactividad de esa sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esa sentencia.

CUARTO. - Y, de esta manera y, como fundamento de la expresada Decisión, el Alto Tribunal ha declarado, en los apartados de los Fundamentos de Derecho que ahora se transcriben, que: 130. Lo expuesto es determinante de que, en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas.

144. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que: a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

165. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que: a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula preredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

166. Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de



empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que "la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad".

178. Debe ratificarse lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que "[l]a existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis".

196. De lo expuesto cabe concluir: a) Que las **cláusulas suelo** examinadas constituyen **cláusulas** que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone.

202. Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las **cláusulas** de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.

203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC.

215. Sentado lo anterior cabe concluir: a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la **cláusula** aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una **cláusula** no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las **cláusulas** no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

QUINTO.- 217. Las **cláusulas** examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.

218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con **cláusula suelo** previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.

219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la **cláusula suelo** en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las **cláusulas suelo** y de las **cláusulas** techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.

220. Además, el referido IBE, en su apartado 3.2 -Causas del uso de las acotaciones a la variación"- expone las dos razones alegadas por las entidades entrevistadas para justificar la aplicación de las **cláusulas** con acotaciones, sus umbrales o su activación de tipos. Indica que "[l]as entidades entrevistadas han sugerido, como motivos que justifican el papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio: [1] el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas **cláusulas** se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios [...]".

221. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una **cláusula** definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario, habida cuenta de que las **cláusulas** "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la **cláusula**, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.



222. De hecho, el IBE propone, como una de las medidas para superar la polémica desatada sobre su aplicación, la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura y la promoción de prácticas de concesión y cobertura de créditos en los que la evaluación del riesgo de crédito de la operación tenga en cuenta los posibles escenarios de variación de los tipos y la mayor incertidumbre que tiene la operación-.

223. Lo expuesto lleva a concluir que las **cláusulas** analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las **cláusulas** - generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. Lo elevado del **suelo** hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas **cláusulas** se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

225. En definitiva, las **cláusulas** analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las **cláusulas** techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

SEXTO.- 229. Que una **cláusula** sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a **cláusulas** que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad -este control sí es posible en el caso de **cláusulas** claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor.

230. Sin perjuicio de otros mecanismos que no vienen al caso, para que proceda expulsarlas del mercado por la vía de la legislación de condiciones generales de la contratación, la LCGC requiere que sean perjudiciales para el adherente y contrarias a la propia Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva. Así lo dispone el artículo 8.1 LCGC a cuyo tenor "[s]erán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

231. Tratándose de condiciones generales en contratos con consumidores, el artículo 8.2 LCGC remite a la legislación especial: "[e]n particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario".

232. El artículo 3.1 de la Directiva 93/13 dispone que "[l]as **cláusulas** contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". A su vez el artículo 82.1 TRLCU dispone que "[s]e considerarán **cláusulas** abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

233. El análisis de las normas transcritas permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las **cláusulas** no negociadas los siguientes: a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.



b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de **cláusulas** perjudiciales para el profesional o empresario-.

244. Lo expuesto nos releva de entrar en el examen de la espinosa cuestión sobre la subsistencia de la categoría romana de los contratos reales, en los que, como excepción a la regla general contenida en el artículo 1261 CC, la *datio rei* (entrega de la cosa) opera como elemento del contrato, si bien no estará de más significar que, pese a que en algunas decisiones de esta Sala se ha mantenido su naturaleza real y unilateral -en este sentido se pronuncia de forma contundente la STS 495/2001, de 22 de mayo, RC 677/1996, al afirmar que "[e]l contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa [...] Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuuario o prestatario"-, otras afirman su posible carácter bilateral -la STS 1074/2007, de 10 de octubre, RC 4386/2000 precisa que "[...] no es lo mismo al contrato bilateral de préstamo y la constitución unilateral del derecho real de hipoteca [...]".

245. En definitiva, la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos imponen entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos. Más aún, las SSTS 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, mantuvieron la posibilidad de **cláusulas** abusivas precisamente en contratos de préstamo.

246. De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores: a) Debe referirse al momento de la litispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes.

b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

c) No impide el control del carácter abusivo de las **cláusulas**, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación.

d) Las **cláusulas** contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

SEPTIMO.- 256. Las **cláusulas suelo** son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la **cláusula** como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el **suelo** estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

257. No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como **suelo** y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

258. Más aun, son lícitas incluso las **cláusulas suelo** que no coexisten con **cláusulas** techo y, de hecho, la oferta de **cláusulas suelo** y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del **suelo**.

259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en **cláusulas** con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso.

260. Más aún, para justificar su pretensión AUSBANC alude a la proposición de Ley 122/000276 sobre modificación del TRLCU publicadas en el Boletín del Congreso de 18 de marzo de 2011, por la que se pretendía añadir al artículo 87 TRLCU un nuevo epígrafe y que no fue tramitada al disolverse las Cortes Generales.

261. Pues bien, como pone de relieve una de las recurridas, AUSBANC ha ocultado que esta proposición coincide con la enmienda 1 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, publicada en el Boletín del



Congreso de 16 de marzo de 2011, y con la enmienda 3 formulada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés publicada en el Boletín del Senado de 9 de mayo de 2011 y que: a) Las expresadas proposición y enmiendas parten de que las **cláusulas suelo** son lícitas, sin perjuicio de la conveniencia de que el legislador fije ciertos topes.

b) Las enmiendas en el Congreso fueron rechazadas por la Comisión según consta en el Diario de sesiones de 12 de abril de 2011 por votación que arrojó el siguiente resultado: 2 votos a favor, 22 en contra y una abstención.

c) Las formuladas en el Senado fueron rechazadas el 8 de junio de 2011 en votación con los siguientes resultados: 13 votos a favor, 230 en contra y 1 abstención.

262. Finalmente, desde la perspectiva de la utilidad práctica de la existencia de tales **cláusulas** para el consumidor, el apartado 4 del IBE indica que "[s]u eventual supresión podría conllevar o bien el descenso del volumen de crédito hipotecario disponible, o bien el aumento del coste del crédito y la reducción del plazo de las operaciones.

263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las **cláusulas** impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las **cláusulas suelo** carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el IBE "[...] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes".

264. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las **cláusulas** techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las **cláusulas** transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una **cláusula suelo** previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza.

265. A diferencia de otros, como el italiano y el portugués, que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* [lo válido no es viciado por lo inválido]. No obstante lo cual, la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del favor negotii o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las **cláusulas** ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio . RC 911/2006; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009).

266. Por el contrario, cuando se trata de contratos en los que se han insertado condiciones generales nulas, la legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir. A tal efecto, en el caso de acciones ejercitadas por los adherentes, el artículo 9.2 LCGC, dispone que "[l]a sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las **cláusulas** generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil".

267. Si la nulidad se declara a causa de la estimación de acciones de cesación, la norma también atribuye al juez la posibilidad de declarar la validez parcial de los contratos afectados por la declaración de nulidad de alguna de las condiciones insertas en ellos, y en el artículo 12.2 LCGC dispone que "[l]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia [...] determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz".

268. La LCU, en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las **cláusulas** no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que "[s]erán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las **cláusulas**, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las **cláusulas** subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo".



269. La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que "[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen **cláusulas** abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales **cláusulas**, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las **cláusulas** abusivas no afecten a su existencia" y que en el artículo 6.1 dispone que "[...] los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las **cláusulas** abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las **cláusulas** abusivas".

270. El artículo 10.bis LCU, introducido por la Disposición Adicional 1.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, modificó dicho régimen ya que, por un lado mantuvo la nulidad de las **cláusulas** y, por otro, tratando de restablecer el equilibrio interno del contrato admitió su integración. Así lo dispone el primer párrafo del artículo 83.2 TRLCU, a cuyo tenor "[...] la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva".

271. Además, otorgó al juez facultades para inmiscuirse en el contrato y moderar su contenido. Así lo dispuso el segundo apartado del artículo 83.2 TRLCU, a cuyo tenor "[a] estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas **cláusulas** integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

272. Finalmente, reservó la nulidad para supuestos en los que no era posible la reconstrucción equitativa "para ambas partes", al disponer en el párrafo tercero del propio artículo 83.2 TRLCU, que "[s]ólo cuando las **cláusulas** subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato".

273. La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una **cláusula abusiva** contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la **cláusula abusiva**".

274. Como hemos indicado las **cláusulas suelo** se refieren al objeto principal del contrato -de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-. También hemos indicado que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las **cláusulas suelo** por las demandadas es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa". Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento.

275. Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las **cláusulas suelo** no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus **cláusulas** no supone la imposibilidad de su subsistencia.

276. Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones: a) Procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las **cláusulas** examinadas en la forma y modo en la que se utilizan.

b) Igualmente procede condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan.

c) Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las **cláusulas** abusivas.

OCTAVO.- Sobre el contenido del Auto de Aclaración de la expresada Sentencia, de fecha 3 de Junio de 2.013, del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, interesa destacar los siguientes apartados de los Fundamentos de Derecho de la expresada Resolución:

10. La sentencia proclama la licitud de las **cláusulas suelo** condicionada a que se observe la especial transparencia exigible en las **cláusulas** no negociadas individualmente que regulan los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores.

11. El apartado séptimo del fallo, identificó seis motivos diferentes -uno de ellos referido a las **cláusulas** utilizadas por una de las demandadas- cuya conjunción determinó que las **cláusulas suelo** analizadas fuesen consideradas no transparentes.



12. De lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas, constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas **cláusulas** analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, ni determina que la presencia aislada de alguna o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo.

13. También se deduce con claridad que el perfecto conocimiento de la **cláusula**, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible y, aunque es susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios: a) para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real; y b) hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las **cláusulas** declaradas nulas.

14. La referencia a los préstamos formalizados sobre la base de ofertas realizadas y negociadas con instituciones privadas de carácter asociativo contenida en el escrito de aclaración, en la que se insinúa que la doctrina de la Sala no es aplicable a tales supuestos, excede con mucho del limitado ámbito que para la aclaración señala el artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que se trata de una cuestión que no ha sido decidida en la sentencia cuya aclaración se suplica.

17. La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de **cláusula abusiva**, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito.

18. El hecho de que circunstancialmente pueda resultar beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo, no la convierte en transparente, ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor, ya que, como hemos indicado, la **cláusula** tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia.

19. Aunque lo expuesto se desprende con claridad de la sentencia, por razones prácticas, a fin de evitar cualquier posible equívoco, procede aclarar el extremo séptimo del fallo en el sentido de que la nulidad de la **cláusula suelo** no queda subsanada por el hecho de que el consumidor se haya visto beneficiado durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia.

NOVENO.- Trasladadas las consideraciones que anteceden al supuesto que se examina, no cabe duda de que la **cláusula** financiera controvertida incluida en la Escritura de Subrogación de Hipoteca de fecha 22 de Diciembre de 2.006 (documento señalado con el número 3 de los acompañados a la Demanda) es nula por su carácter abusivo, en la medida en que se corresponde con un supuesto análogo a los examinados por el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 9 de Mayo de 2.013, destacando la falta de información y de transparencia suficientes hacia el prestatario sobre un elemento definitorio del objeto principal del contrato. En este sentido, la parte demandada apelante sostiene que la **cláusula** de tipo de interés mínimo o **suelo** es un elemento esencial del contrato, que ha sido individualmente negociada y firmada ante Notario, con íntegro conocimiento y aceptación del prestatario, suscrita libremente y con prestación libre y consciente del consentimiento, por lo que la entiende válida. Se añade, asimismo, que el consentimiento de la demandante había sido prestado libremente ante la elección por el prestatario del préstamo que le interesó de entre todos los tipos de préstamo que le fue ofrecido por la entidad demandante o por el resto de entidades de crédito, entendiéndose válida la **cláusula** de tipo mínimo suscrita por la actora.

Sin perjuicio de significar, en esta sede recursiva, que bastaría contemplar y reproducir la objetiva y acertada exégesis hermenéutica desarrollada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida para advenir, sin ninguna dificultad, que el contrato de préstamo hipotecario no se negoció individualmente y que la **cláusula** de interés mínimo era común (estandarizada) a todos los tipos de préstamos ofrecidos a la demandante, resulta incuestionable que la situación de la **cláusula** en los contratos y su propia redacción revelan la ausencia de transparencia y de información no solo sobre su contenido, sino también sobre sus efectos reales en el ámbito del propio contrato. En la Escritura Pública de Subrogación de Hipoteca de fecha 22 de Diciembre de 2.006, se incluye como **cláusula** financiera, en el apartado de intereses ordinarios, un párrafo aislado e independiente del siguiente tenor literal: "el cálculo del tipo de interés nominal anual aplicable en cada momento se efectuará sin redondeos no pudiendo ser inferior al 3,50% ni superior al 12,50%". El mismo déficit informador se aprecia en el documento de notificación de oferta vinculante para subrogación de préstamo hipotecario (documento señalado con el número 1 de los acompañados al Escrito de Contestación a la Demanda), donde aparece en letra de tamaño mínimo, en un recuadro referido a "Oferta Vinculante", la siguiente leyenda: "Límites variac. tipo int. Min 3.5 Máx 12.5", e igualmente se aprecia tal carencia, informativa y comprensiva, en el



documento de solicitud de Operación de Activo (documento señalado con el número 11 de los acompañados al Escrito de Contestación a la Demanda), donde también aparece en un recuadro referido al interés deudor, las indicaciones: "Int. Máximo 12,5000" "Int. Mínimo 3,5000".

Lo que sí entendemos supuso un conocimiento admisible para la prestataria, hoy actora apelada, fue la modificación del diferencial sobre el Euribor (que no afecta a la transparencia de la **cláusula** de interés mínimo), que pasó del 1,15% al 0,30%.

Consiguientemente, procede decretar la nulidad de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Primero de la Demanda por ser **abusiva**; es decir, de la **cláusula** del contrato de Préstamo a Interés Variable que establece un tipo mínimo de interés y cuya redacción es "en ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,50% ni inferior al 3,50%", y, en su virtud, acordar la eliminación de tal condición general del contrato de préstamo hipotecario objeto de la Demanda de fecha 22 de Diciembre de 2.006 (documento señalado con el número 3 de los acompañados al expresado Escrito Expositivo).

DECIMO.- Consideración independiente, autónoma y específica merecen los Fundamentos de Derecho de la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo 241/2.013, de fecha 9 de Mayo de 2.013, referidos a la "Eficacia no retroactiva de la Sentencia", en la medida en que afectan sobremanera al criterio que venía manteniendo esta Sala sobre las pretensiones deducidas en la Demanda referentes a la condena a la entidad demandada a que devuelva a la demandante las cantidades cobradas de más por aplicación de la **cláusula** controvertida con sus intereses legales desde la fecha de cada cobro, a la condena a la devolución de las cantidades que por este concepto se cobren durante la sustanciación del presente Proceso, a la condena al recálculo y a que se rehaga el cuadro de amortización del Préstamo Hipotecario, contabilizando el capital que debió ser amortizado, y a la condena al abono de los intereses de la mora procesal; pretensiones que fueron estimadas en la Sentencia recurrida y que ha venido admitiendo y ratificando este Tribunal. Sin embargo, en este concreto particular, habrá de modificarse el criterio de esta Sala en el sentido de desestimar la Demanda en cuanto a las referidas peticiones, en virtud de los razonamientos jurídicos expuestos por el Alto Tribunal, cuyos apartados esenciales transcribimos en los siguientes términos:

277. El Ministerio Fiscal en su recurso interesa que se precise el elemento temporal de la sentencia, ya que "Si se otorga este efecto retroactivo total [...] quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que [...] habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas", a lo que añade que "no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso".

278. La Directiva 93/13 dispone que los Estados velarán por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de **cláusulas** abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, lo que incluye disposiciones que permitan a organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen, a tenor del artículo 7.2 de "[s]i ciertas **cláusulas** contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas **cláusulas**".

279. En el Derecho interno, tratándose de condiciones generales, el artículo 12.2 LCGC se proyecta hacia el futuro y dispone que "[l]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo [...].

280. Cuando la acción de cesación se refiere a **cláusulas** abusivas en contratos con consumidores y usuarios, el artículo 53 TRLCU dispone que "[l]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura".

281. Esta proyección de la sentencia al futuro ha sido confirmada desde la perspectiva del derecho a la privacidad de los consumidores y su tutela frente a las asociaciones de usuarios en la STC 96/2012, de 7 de mayo, al rechazar una pretensión de AUSBANC de que le fuesen cedidos datos personales de consumidores contratantes con una entidad de crédito, al afirmar que "[...] para ejercitar la acción de cesación que se postula como motivo principal para la admisión de solicitud de las diligencias preliminares, no son necesarios los datos personales que se solicitan en la demanda (tal y como recoge el art. 15.4 LECiv), pues la Ley de enjuiciamiento civil no considera necesaria ninguna publicidad, ni llamamiento, ni intervención de los consumidores en ese tipo de procesos, dado que con la acción de cesación lo que se persigue es una condena para que el demandado cese en una determinada conducta, o una condena que prohíba su reiteración futura (ex art. 53 del texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios)".



282. Como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las **cláusulas** abusivas y a eliminar de sus contratos las existentes, cuando estas se han utilizado en el pasado.

283. Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus **cláusulas**, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "[d]eclarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

284. Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, "[...] de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "*condictio in debiti*". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

285. Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que "[l]a decisión judicial por la que se declara **abusiva** una **cláusula** determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*)".

286. También esa regla rige en el caso de la nulidad de **cláusulas** abusivas, ya que, como afirma la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58 "[...] según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1988, *Blaizot* y otros, 24/86, Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006, *Skov y Bilka*, C-402/03, Rec. p. I-199, apartado 50; de 18 de enero de 2007, *Brzeziński*, C-313/05, Rec. p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2011, *Nisipeanu*, C-263/10, apartado 32)".

287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que "[l]as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

288. Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados (en este sentido, artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

289. También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio, 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre, 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo.

290. En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que "[l]a eliminación, en su caso, de la **cláusula abusiva** surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley".

291. También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "[l]a "*restitutio*" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación



patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad" (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009).

292. Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo de 2013 , RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59, dispone que "[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C- 2/09, Rec. p . I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012 , Rçdlihs, C-263/11 , Rec. p. I-0000, apartado 59).

293. En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que: a) Las **cláusulas suelo**, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

c) No se trata de **cláusulas** inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

e) La condena a cesar en el uso de las **cláusulas** y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las **cláusulas suelo** sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las **cláusulas** se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las **cláusulas** controvertidas.

294. Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las **cláusulas** no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

DECIMO PRIMERO.- Por tanto y, en virtud de las consideraciones que anteceden, procede la estimación parcial del Recurso de Apelación interpuesto, y, en su consecuencia, la revocación, también parcial, de la Sentencia que constituye su objeto en los términos que, a continuación, se indicarán.

DECIMO SEGUNDO.- Estimándose parcialmente el Recurso de Apelación interpuesto y, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede efectuar



pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas de esta alzada, de modo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Que, estimando parcialmente el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.U.** contra la Sentencia 35/2.013, de cinco de Marzo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno y de lo Mercantil de Cáceres en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 303/2.012, del que dimana este Rollo, debemos **REVOCAR y REVOCAMOS parcialmente** la indicada Resolución, en el sentido de que, con estimación parcial de la Demanda deducida por la representación procesal de D^a. Joaquina frente a **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMACA Y SORIA, S.A.U.**, debemos **DECLARAR y DECLARAMOS** la nulidad de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Primero de la Demanda; es decir, de la **cláusula** del contrato de Préstamo a Interés Variable que establece un tipo mínimo de interés y cuya redacción es: "en ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,50% ni inferior al 3,50%", y, en su virtud, debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** a la entidad demandada, Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A.U., a eliminar tal condición general del contrato de préstamo hipotecario objeto de la presente Demanda, otorgado en Escritura Pública de Subrogación de Hipoteca de fecha 22 de Diciembre de 2.006; **ABSOLVIENDO** a la indicada entidad demandada del resto de los pedimentos contenidos en el Suplico de la referida Demanda; todo ello, sin hacer pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas causadas, tanto en la primera instancia, como en esta alzada, de modo que, en ambos casos, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese esta resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009, en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E./

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia, como Secretaria. Certifico.

DILIGENCIA .- Seguidamente se dedujo testimonio para el Rollo de Sala. Certifico.