



Roj: **SAP CO 1159/2013 - ECLI: ES:APCO:2013:1159**

Id Cendoj: **14021370032013100331**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **3**

Fecha: **18/06/2013**

Nº de Recurso: **162/2013**

Nº de Resolución: **114/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA SECCION Nº 3**

#### **SENTENCIA Nº 114/13**

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. FRANCISCO SÁNCHEZ ZAMORANO

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. FELIPE MORENO GÓMEZ

D. PEDRO VELA TORRES

JUZGADO DE ORIGEN: **JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº1 DE CORDOBA(ANTIGUO INSTANCIA 9)**

**ROLLO DE APELACIÓN Nº 162/2013**

JUICIO ORDINARIO Nº 337/2011

En la Ciudad de CORDOBA a dieciocho de junio de dos mil trece.

La AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA SECCION Nº 3, ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra autos de J. ORDINARIO 337/2011 seguidos en el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº1 DE CORDOBA(ANTIGUO INSTANCIA 9) promovidos por Alejandro Y Benita y ALFAROS 34-36 S.L. representado por el Procurador Sr. **ENCARNACION CABALLERO ROSA** y defendido por el Letrado Sr. **ALVARO GONZÁLEZ-ASTOLFI INFANTE**, contra **BBK BANK CAJASUR S.A.U.** representado por el Procurador Sr **ROLDAN DE LA HABA RAMON** y defendido por el Letrado Sr. **FERNANDO PEÑA AMARO**, pendientes en esta Sala en virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandada contra sentencia recaída en autos, siendo Ponente del recurso el Magistrado Ilmo. Sr. Don **PEDRO VELA TORRES**.

Aceptando los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida y,

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que seguido el juicio por sus trámites se dictó sentencia por el Sr. Juez del **JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº1 DE CORDOBA(ANTIGUO INSTANCIA 9)** cuyo fallo es como sigue: *QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente la demanda formulada por la procuradora D<sup>a</sup>. Encarnación Caballero Rosa en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Benita, D. Alejandro y ALFAROS 34-36 S.L. contra BBK BANK CAJASUR S.A. y:*

*- SE DECLARE LA NULIDAD POR TENER EL CARÁCTER DE CLÁUSULA ABUSIVA DE LA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN "Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada periodo ya resulte de la aplicación de la referencia inicial o de los sustitutivos previstos no podrá ser inferior al 4 % nominal anual ni superar al 12 % nominal anual." contenida en la hipoteca de 11 de octubre de 2007 suscrita entre las partes litigantes.*



- CONDENE A LA ENTIDAD FINANCIERA DEMANDADA A ELIMINAR DICHA CONDICION GENERAL DE LA CONTRATACIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

- CONDENE A LA ENTIDAD DEMANDADA A LA DEVOLUCIÓN A LOS ACTORES DE CUANTAS CANTIDADES HAYA COBRADO HASTA LA FECHA Y CUANTAS CANTIDADES COBRE HASTA LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA DEL PROCESO, COMO CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA REFERIDA CLÁUSULA QUE LIMITE LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTRÉS, CON SUS INTERESES LEGALES DEVENGADOS DESDE LA FECHA DE CADA COBRO PERIÓDICO Y HASTA SU EFECTIVA RESTITUCIÓN.

Y SE ORDENA LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en el presente procedimiento.

Líbrense el correspondiente mandamiento para practicar la inscripción correspondiente en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación. "

**SEGUNDO.-** Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de **BBK BANK CAJASUR S.A.U.** que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal y dándose al recurso la sustanciación que la Ley previene para los de su clase, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución, tras la deliberación y votación de este recurso.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan parcialmente los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, en cuanto no se opongan a los que a continuación se exponen y

**PRIMERO.-** Con carácter previo, ha de hacerse una advertencia sobre la cualidad personal de los prestatarios (no consumidores), que hace que la argumentación que ha utilizado esta misma Sección en la sentencia que resolvió sobre la nulidad de la cláusula suelo utilizada por "Cajasur" en una acción colectiva ( Rollo 101/13, Sentencia de 21 de mayo de 2013 ) y en la sentencia que resolvió la misma cuestión pero respecto de una acción individual (Rollo 150/13 , Sentencia de 12 de junio), no sea directamente trasladable al presente caso en todos sus pronunciamiento, aunque sí en otros. En efecto, la parte prestataria, "Alfaros 34-36, S.L." no tiene la condición legal de consumidora, puesto que es una compañía mercantil con ánimo de lucro, en concreto una sociedad limitada, por lo que está excluida tanto del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ( artículo 3), como de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Además, el contrato de préstamo hipotecario en el que se incluye la cláusula suelo no se celebró para financiar una operación con consumidores, sino que se trató de un préstamo entre una entidad de crédito y una sociedad mercantil, de donde se desprende su carácter mercantil ( artículo 311 del Código de Comercio ), por lo que en la constitución de la fianza solidaria los Sres. Alejandro y Benita no intervinieron tampoco como consumidores, sino como garantes de una obligación mercantil y, por tanto, partes de un contrato de fianza mercantil ( artículo 439 del Código de Comercio ).

No obstante lo anterior, en tanto que la entidad apelante reproduzca motivos de apelación similares a los ya planteados en los citados casos ya resueltos por este tribunal, obtendrá una respuesta similar.

**SEGUNDO.-** En relación con el problema expuesto, por un lado, es cierto que la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo , en la que se basaron nuestros anteriores pronunciamientos, en su fundamento jurídico 233 c), y como no podía ser de otra manera, rechaza expresamente que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero, por otro, en el fundamento jurídico 201, recuerda que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, diciendo: "*En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]*". En consonancia con ello, las conclusiones a las que llega el Tribunal Supremo (fundamento jurídico 225) para considerar que la cláusula controvertida



carece de transparencia -requisito del artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación -, son aplicables con independencia de las cualidades personales del adherente, al decir: *"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"*.

**TERCERO.-** Hechas las anteriores consideraciones y sin perjuicio del análisis de la transparencia de la cláusula objeto de la demanda que se hará más adelante, debe seguirse el orden de los motivos de apelación esgrimidos por "Cajasur" como parte recurrente. Respecto a una supuesta incongruencia de la sentencia apelada, por tratar si la cláusula fue negociada individualmente, cuando ello no ha sido cuestionado ni en la demanda ni en la audiencia previa, no cabe considerar que su tratamiento infrinja lo previsto en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que ejercitándose una acción al amparo de lo dispuesto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, aunque sea individual, es presupuesto de aplicación de la norma la decisión sobre si la cláusula contractual que es tachada de nulidad fue predispuesta o libremente negociada entre las partes. Ya ha dicho la mencionada Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que este tipo de cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, estableciendo como notas definitorias de gran interés para lo que aquí importa: " 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 éstas 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".

**CUARTO.-** En relación con lo anterior y en lo que atañe al sistema de imposición y vinculación de las condiciones generales de la contratación, la tan repetida sentencia del Pleno de la Sala 1ª TS nº 241/13, concluye lo siguiente: " a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor [léase en este caso adherente, que a estos efectos tanto vale] no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario". Ello no obstante, y a fin de evitar equívocos -añade la sentencia-, *"la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores (o adherentes añadimos nosotros), 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"*. Ahora bien, dicho esto, en el caso de autos evidentemente la cláusula discutida ha de considerarse como cláusula impuesta en el ámbito de una condición general de la contratación.

**QUINTO.-** Respecto al control de las condiciones sobre el objeto principal del contrato, cuestión sobre la que la recurrente "BBK Bank Cajasur S.A.U." articula los motivos segundo y tercero del recurso, al considerar la configuración de la cláusula suelo como parte del precio y, por ende, elemento esencial del contrato, si la Sentencia del Tribunal Supremo 241/13 concluyó que no cabe el control de contenido de las estipulaciones esenciales (precio/prestación) ni siquiera cuando se trata de consumidores, cuanto más cabe llegar a dicha conclusión si como sucede en este caso el prestatario es una sociedad mercantil, no consumidora y que, per se, tiene ánimo de lucro. Ahora bien, ello no implica que, en tanto que condición general de la contratación, no pueda ser sometida a un control de transparencia e incorporación. En concreto, la mencionada Sentencia de nuestro más Alto Tribunal expresa: *"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 ". Como hemos dicho en nuestra Sentencia de 12 de junio último, aunque se cumplan los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y que se le facilite un ejemplar -arts. 5 y 7 LCGC), con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente. Respecto al objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del cliente en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el prestatario tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

**SEXTO.-** El Tribunal Supremo trata de concretar el requisito de transparencia aludiendo, en principio, a que exista una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Y el reproche que la Sala 1ª del Tribunal Supremo hace a las entidades bancarias en la Sentencia 241/13 es, precisamente, que se dé a la cláusula suelo una relevancia "secundaria": "*(las) propias entidades les dan un tratamiento impropio 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*". La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que "*convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euríbor)*". Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente. En este ámbito, la existencia de una cláusula "techo" es, no ya irrelevante sino directamente engañosa, en cuanto que genera una apariencia de simetría que induce a creer que el tipo de interés pactado es un tipo variable dentro de una banda con máximo y mínimo. Si, como es habitual, el techo es lo suficientemente elevado, no puede decirse que, económicamente, restrinja significativamente la variabilidad del tipo de interés. Por ello, y como hemos anticipado en el fundamento jurídico segundo, concluye nuestro Tribunal Supremo: "*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 ..., se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor*".

**SÉPTIMO.-** Aplicando toda esta doctrina al caso de autos, las conclusiones no pueden ser diferentes a las obtenidas por las resoluciones citadas, aunque la prestataria no sea consumidora: la información respecto de la cláusula suelo incluida en el contrato suscrito por "Alfaros 34-36, S.L." ("*Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada periodo ya resulte de la aplicación de la referencia inicial o de los sustitutivos previstos, no podrá ser inferior al 4% nominal anual ni superar el 10% nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación prevista en la cláusula financiera tercera bis, resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente se aplicarán estos últimos*") es, a todas luces, insuficiente. En efecto, si la misma supera el control de inclusión, a efectos de su incorporación como condición general en el contrato, no lo hace en relación al de claridad exigible en las cláusulas, sean generales o particulares. Y es que 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 informe del Banco de España indica que "*estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas*" -, de forma que, en frase afortunada de la Sentencia de Pleno 241/2013, "*el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza*". Por tanto, insistimos, la cláusula analizada no es plenamente transparente, y ello por cuanto que falta la información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; y no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de



cliente no se le ofertan las mismas. Además, ha de tenerse muy presente lo establecido por el Tribunal Supremo en lo relativo al reparto de riesgos entre las partes, que incide netamente en la falta de transparencia; diciendo la Sentencia 241/2013 : " *Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el Informe del Banco de España [...] 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*" (...). *"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 (lo que es trasladable a la cláusula de autos, añadimos nosotros), 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"* , según antes resaltamos.

**OCTAVO.-** Debemos tener en cuenta que en la normativa bancaria (Órdenes Ministeriales, Circulares del Banco de España) se utiliza un término más amplio que el de consumidor o usuario, que es el de "clientela", como ámbito subjetivo merecedor de protección y que entronca con el concepto de adherente - consumidor o profesional- que emplea la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es cierto que las cláusulas suelo están admitidas por la normativa sectorial bancaria (incluso en las normas especiales aplicables a las personas físicas), pero como concluye la Sentencia 241/13 en su fundamento jurídico 178, ello " *no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario*". De hecho, el Informe del Banco de España que se cita en la indicada resolución 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. Y la tan citada Sentencia reproduce en su fundamento jurídico 159 una parte de dicho informe del Banco de España que incide netamente en la falta de negociación individual de la cláusula suelo y que dice: "*[U]n análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente [...] En definitiva, la aplicación de estas cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad*". Es decir, el cliente no tiene capacidad real de influencia en la supresión o en el contenido de la cláusula, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar.

**NOVENO.-** Cierto es que, no tratándose la prestamista de consumidora, no sería aplicable el doble control de transparencia que se desarrolla en la Sentencia TS 241/13 , pero ello no impide que puedan tomarse en consideración las normas generales sobre consentimiento contractual. La Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: "*Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios*" (en similar orden de ideas, artículo 9 de la Ley de 29 de diciembre de 2004 sobre medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales) . En este caso, teniendo en cuenta la diferencia de posición entre una entidad de crédito de grandísima importancia en el mercado financiero de la provincia y una pequeña sociedad que explota un hostel de una estrella; las consideraciones que hace el Banco de España sobre la imposición de estas cláusulas a la clientela y la falta de prueba de que efectivamente la cláusula de limitación de intereses se negociara realmente y la prestataria fuera consciente de su alcance (insistimos, que no contrataba un préstamo a interés variable, sino uno a interés fijo variable al alza), no podemos sino confirmar, aun por razonamientos jurídicos diferentes, la sentencia de instancia, que califica como nula la cláusula suelo objeto de controversia. Téngase en cuenta que, como ha precisado el Auto de la Sala 1ª del Tribunal Supremo



de 3 de junio de 2013, aclaratorio de la Sentencia 241/13, "la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia"; es decir, se predispone exclusivamente a favor de una de las partes, aprovechando su posición contractual de dominio, puesto que la prestamista no puede realmente optar por otras condiciones y la única manera de obtener el préstamo que necesita es pasar por la horca caudina de la cláusula-suelo. Como consecuencia de todo lo cual debe confirmarse la nulidad de la cláusula impugnada y su eliminación del contrato celebrado entre las partes, conforme a los artículos 9.2 y 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en relación con los artículos 1.256, 1.261 y 1.300 del Código Civil.

**DECIMO.-** No obstante, aunque en el recurso no se hace mención expresa a esta cuestión, dado que se solicita la revocación íntegra de la sentencia, debe examinarse también el tercer pronunciamiento del fallo, relativo al reintegro de las cantidades percibidas en aplicación de la cláusula ahora anulada. Si bien es cierto que, como regla general, la declaración de nulidad debería conllevar la restitución de las prestaciones realizadas en cumplimiento de la estipulación nula, como quiera que estamos siguiendo la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (con las salvedades ya expuestas), no podemos hacerlo solamente en una parte y no en su conjunto; por lo que no podemos desconocer que dicha resolución ha declarado que no procede la restitución de las cantidades ya abonadas. En concreto, dicha sentencia declara que «no ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia». Por tanto, para las entidades condenadas supone que no tienen que devolver todas las cantidades indebidamente cobradas desde que aplicaron la cláusula suelo en lugar del interés variable pactado, sino que sólo deben devolver aquellas que se perciban indebidamente a partir de la sentencia firme. La justificación, según la meritada Sentencia, radica en que tal solución ya se ha aplicado en alguna ocasión por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo. En particular, 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. Mientras que el Tribunal Supremo también ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad dado que «la "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, rec. 675/2009). Y en la misma línea, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la reciente STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, 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... 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)». Como consecuencia de lo cual, el pronunciamiento que condenaba a "BBK Bank Cajasur" a devolver las cantidades percibidas debe ser revocado, de modo que la sentencia únicamente tendrá efectos desde su firmeza.

**UNDECIMO.-** En cuanto a las costas del recurso, al haberse estimado parcialmente el mismo, no procede hacer expresa imposición de las causadas, a tenor de lo previsto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Roldán de la Haba, en nombre y representación de "BBK Bank Cajasur, S.A.U.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, con fecha 6 de marzo de 2013, en el Juicio Ordinario nº 337/11, debemos revocar y revocamos dicha sentencia en cuanto al tercer pronunciamiento del fallo (condena al reintegro de las cantidades percibidas conforme a la cláusula nula), que dejamos sin efecto; confirmándola en el resto de sus pronunciamientos y específicamente en cuanto declara la nulidad de la cláusula contractual transcrita en el fallo. Sin hacer expresa imposición de las costas de la apelación.

Notifíquese esta sentencia a las partes, con indicación de que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno y los extraordinarios únicamente en los términos del Acuerdo de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011; y devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ