



Roj: **SAP GU 171/2015 - ECLI: ES:APGU:2015:171**

Id Cendoj: **19130370012015100171**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Guadalajara**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2015**

Nº de Recurso: **90/2015**

Nº de Resolución: **76/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL EDUARDO REGALADO VALDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**GUADALAJARA**

SENTENCIA: 00076/2015

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de GUADALAJARA**

N00050

PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10

Tfno.: 949-20.99.00 Fax: 949-23.52.24

N.I.G. 19130 37 1 2015 0100857

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000090 /2015**

**Juzgado de procedencia:** JDO.PRIMERA INSTANCIA N.4 de GUADALAJARA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000610 /2013

Recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procurador: MARTA MARTINEZ GUTIERREZ

Abogado: ANA ARROYO MARIN

Recurrido: Nicolasa

Procurador: FRANCISCA ROMAN GOMEZ

Abogado: ISMAEL CORRAL MARIN

**ILMA. SRA. PRESIDENTA**

**Dª ISABEL SERRANO FRÍAS**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS**

**D. MANUEL EDUARDO REGALADO VALDÉS**

**D. JOSE AURELIO NAVARRO GUILLÉN**

**Dª MARIA CARMEN MARTÍNEZ SÁNCHEZ**

**S E N T E N C I A Nº 76/15**

En Guadalajara, a doce de mayo del dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de GUADALAJARA, los Autos de procedimiento ordinario 610/13, procedentes del JUZGADO DE 1ª INSTANCIA nº 4 de Guadalajara, a los que ha correspondido el Rollo nº 90/15, en los que aparece como parte apelante Banco Popular Español S.A., representado por el



Procurador de los tribunales D. Marta Martínez Gutiérrez, y asistido por el Letrado D. Ana Arroyo Marín, y como parte apelada Nicolasa, representado por la Procuradora de los tribunales D<sup>a</sup> Francisca Román Gómez, y asistido por el Letrado D. Ismael Corral Martín, sobre acción de nulidad y reclamación de cantidad, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL EDUARDO REGALADO VALDÉS.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** En fecha 31 de julio del 2014 de dictó sentencia, cuya **parte dispositiva** es del tenor literal siguiente: *"FALLO: Que estimando íntegramente las pretensiones de la parte actora, representada por la Procuradora Sra. Román Gómez, frente a la demandada, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. representada por la Procuradora Sra. Martínez Gutiérrez; ACUERDO: 1.- HABER LUGAR a declarar la nulidad de la Estipulación Octava, punto 1.4 de la escritura de compraventa con subrogación y novación de préstamo hipotecario, suscrita por las partes el 16 de agosto de 2005, que titula " Limite a la variación del tipo de interés aplicable" y que fija un interés nominal anual mínimo aplicable del 3,250 %.2.- Y CONDENO a la parte demandada a devolver las cantidades cobradas en exceso por aplicación de la cláusula declarada nula, desde la fecha de interposición de la demanda. Las costas se declaran impuestas a la parte demandada."*

**TERCERO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación del Banco Popular Español S.A se interpuso recurso de apelación contra la misma; admitido que fue, emplazadas las partes y remitidos los autos a esta Audiencia, se sustanció el recurso por todos sus trámites, llevándose a efecto la deliberación y fallo en el mismo día de la fecha.

**CUARTO .-** En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los de la resolución recurrida, en cuanto no se opongan a los que siguen.

Resumen de antecedentes. El objeto del litigio en la primera instancia se delimita con precisión en el fundamento de derecho primero de la sentencia, a saber, el ejercicio de una acción de nulidad de cláusula contractual y reclamación de cantidad sustentada en la regulación contenida en el RD Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el TR de la LGDCU, en la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación y en la Jurisprudencia ( Sentencia del TS de 9 de Mayo de 2013 ) y normativa comunitaria.

Frente a tal pretensión, la parte demandada, entidad bancaria, mantiene la plena eficacia y validez de la cláusula argumentando que: la actora conocía, con anterioridad a la suscripción, todos los términos y condiciones del contrato de préstamo hipotecario; que la demandada les facilitó información precontractual adecuada y suficiente; que en el momento de la firma fue nuevamente informada de los términos y condiciones particulares; que en el momento de la firma del contrato la demandante fue nuevamente informada de los términos y condiciones de la operación que suscribía; que la cláusula de limitación del tipo de interés variable no es abusiva, ni genera una situación de desequilibrio entre las partes.

La juez dicta sentencia íntegramente estimatoria de la pretensión actora acordando:

1.- Haber lugar a declarar la nulidad de la estipulación octava, punto 1.4 de la escritura de compraventa con subrogación y novación de préstamo hipotecario suscrita por las partes con fecha 16 de agosto del año 2005 que titula «límite a la variación del tipo de interés aplicable y que fija un interés nominal anual mínimo aplicable del 3,250%.

2.- Condenar a la parte demandada a la devolución de las cantidades cobradas en exceso por aplicación de la cláusula declarada nula, incrementada en los intereses legales desde la fecha de su reclamación judicial.

Frente a dicho pronunciamiento se alza la parte demandada a través de los distintos motivos con los que articula su recurso de apelación para interesar la actora, por el contrario, la confirmación de la resolución recurrida en apelación.

**SEGUNDO.-** Enunciación del primer motivo del recurso de apelación. Utiliza como rúbrica "Infracción del artículo 218.2 en relación con el artículo 319 y 326 LEC . Error en la valoración de la prueba practicada en el presente procedimiento sobre el cumplimiento por mi mandante de la normativa en materia de transparencia (cumplimiento del doble control de transparencia)". Desde dicho enunciado sostiene la recurrente que la sentencia estima la pretensión de la demanda y declara la nulidad de la estipulación octava, punto 1.4 de la escritura de compraventa con subrogación y novación de préstamo hipotecario suscrita por las partes con



fecha 16 de agosto del año 2005 que titula «límite a la variación del tipo de interés aplicable y que fija un interés nominal anual mínimo aplicable del 3,250%. Arguye la entidad bancaria que la sentencia recurrida infringe el artículo 218 de la LEC . Cuestiona el razonamiento de la recurrida cuando concluye que la entidad financiera no facilitó a la demandante información adecuada y suficiente sobre la cláusula litigiosa, negando que ésta se encuentre ubicada entre una abrumadora cantidad de datos que hagan difícil su localización y atención. Dice también que tiene una redacción sencilla y que la parte actora se subrogó en el préstamo hipotecario que ya gravaba el inmueble y del que expresamente declaró conocer y aceptar todas las condiciones del mismo (estipulación primera de la escritura).

(i).- Razona la sentencia de la AP de Vizcaya de fecha 27 de octubre del año 2.014 con argumentos perfectamente trasladables al caso de autos que «En relación con la valoración de la prueba, tiene declarado reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que no está sujeto el Juzgado de instancia a ninguna regla en cuanto a la valoración de la prueba, realizada en una valoración conjunta siempre y cuando su proceso deductivo no colisione de una manera clara y manifiesta con el raciocinio humano, vulnerando, de este modo, la sana crítica, o que sus conclusiones, examinada la resultancia probatoria, sean opuestas a las máximas de la experiencia, ilógicas, absurdas o irracionales, o cuando haya dejado de considerarse, como prueba objetiva, alguna que las contradiga. La valoración probatoria es facultad de los Tribunales, sustraía a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza (principio dispositivo y de rogación), pero en forma alguna tratar de imponerla a los Juzgadores, no pudiendo pretender la parte sustituir la apreciación probatoria del Juzgador por la suya propia, por ser función que corresponde única y exclusivamente a aquél y no a la parte. Por otra parte, en la apelación el Tribunal de la segunda instancia puede verificar si en la valoración conjunta del material probatorio el Juzgador de instancia ha incurrido en error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción, o de forma ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la conjunta apreciación de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso, permitiendo el recurso de apelación conocer íntegramente la cuestión resuelta en primera instancia, pudiendo no sólo revocar, adicionar o suplir las Sentencias de instancia, sino también dictar el pronunciamiento que proceda respecto las cuestiones debatidas.

Siendo que las cláusulas suelo tienen el carácter de condición general de la contratación, puesto que están redactadas y predispuestas por las entidades financieras prestamistas para su incorporación a una pluralidad de contratos, corresponde a la entidad Bancaria apelante acreditar que las cláusulas suelos cuya nulidad se pretende han sido objeto de negociación individual.

Pues bien, esta prueba de la real y efectiva negociación individual de cada una de las escrituras públicas de préstamo con garantía hipotecaria, que se refieren en la demanda, y que han sido declaradas nulas en la parte dispositiva de la Sentencia, en modo alguno se ha llegado a efecto.

En el supuesto examinado, no hay ningún dato que pueda extraerse de los propios contratos de préstamos con garantía hipotecaria, ni ningún elemento probatorio se ha desplegado, que permita concluir que la prestataria fuera realmente informada, y que como consecuencia de esa información, llegara a conocer y comprender que, aunque el tipo de interés pactado era un interés variable, corría el riesgo de que, por virtud de las cláusulas suelo contenidas en los préstamos hipotecarios, en realidad y en determinadas condiciones, lo que estaba estipulando era un préstamo a un interés fijo mínimo, frustrándose por tanto las expectativas del consumidor en cuanto al abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del interés pactado como variable".

Cierto es que la STS de 9 de mayo de 2.013 no ha declarado nulas las cláusulas como la litigiosa por el solo hecho de haber un suelo en la escritura hipotecaria para el pago de los intereses cuando estos bajan, sino que señala que ello sólo será posible en los casos en los que tales cláusulas no superen un doble test de transparencia:

a) el primero, referido a si la cláusula es clara en sí misma, y a cómo se incorporó al contrato, y ello conforme a lo dispuesto en los artículos 5.5 (LA LEY 1490/1998 ) y 7 de la Ley 7/1.998, de 13 de abril (LA LEY 1490/1998), sobre Condiciones Generales de la Contratación , en relación con la OM de 5 de mayo de 1.994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios (derogada por la Orden de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). Esto es, es exigible una redacción transparente, clara, concreta y sencilla, refiriendo al respecto el Art. 80.1 TRLCU "a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido."

b) y el segundo, relativo al grado de conocimiento del cliente sobre la incorporación de dicha cláusula y las consecuencias jurídicas y económicas que conllevan su aceptación.



(ii).- Desde dicha antecedencia la juez razona en primer lugar que negando la actora que se le facilitara información suficiente sobre el alcance de la cláusula litigiosa, al menos desde una perspectiva formal, no puede afirmarse que se cumpliera el requisito de la transparencia en la incorporación de la cláusula al contrato, habida cuenta de la ausencia de cualquier documento que pruebe y evidencie que se ofreció a la prestataria/ consumidora una información completa de la relevancia y consecuencias de los pactos limitativos del tipo de interés convenido. Tampoco ha quedado acreditado, como sugiere el TS, que se plantearan a la demandante diferentes escenarios del préstamo hipotecario, que se le hubiera informado de las consecuencias de esa acotación mínima, ni que se le hubiera aportado información específica sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo, o sobre el comportamiento previsible del índice de referencia.

Dicha conclusión resulta concorde con el resultado de la prueba practicada y no ha sido desvirtuada por los alegatos del recurrente. Discrepamos en la alzada del aserto del recurrente cuando sostiene la claridad e individualidad de la estipulación. Efectivamente y como con toda corrección razona la juez de primer grado la cláusula suelo se encuentra incorporada dentro de la genérica referida al tipo de interés que lleva por título " límite a la variación del tipo de interés variable-, de manera que después de pactarse un tipo de interés variable, a calcular en función del EURIBOR, incrementado en el margen porcentual pactado (0,750% dejándose sin efecto las tasas de bonificación anteriormente pactadas ), se incorpora una cláusula ( estipulación octava punto 1.4) en la que prácticamente se deja sin valor lo anteriormente expuesto y se señala que, en todo caso, el tipo de interés nominal anual aplicable no podrá ser inferior al 3,250%. Es decir, que forma parte del clausulado referido a las condiciones del préstamo a interés variable, sin que en efecto conste que se informara al consumidor de la limitación que la referida cláusula suponía a la aplicación de un tipo de interés variable.

La circunstancia de que la parte actora se hubiera subrogado en el préstamo hipotecario que ya gravaba el inmueble y del que expresamente declaró conocer y aceptar todas las condiciones del mismo ( estipulación primera de la escritura ), no pasa de una manifestación ritual que no supone, por sí misma, acreditación fehaciente de la realidad y certeza de lo manifestado.

Por todo lo anterior, en su conjunto considerado, resultan perfectamente trasladables al caso de autos las conclusiones alcanzadas por nuestro Alto Tribunal en la sentencia más arriba referenciada toda vez que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- c) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- d) En el caso de las utilizadas por el Banco Popular Español, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Aplicando los criterios expuestos al caso enjuiciado, ha de confirmarse el pronunciamiento recurrido pues no consta que la entidad financiera proporcionara la información que hubiera hecho comprender a los demandantes el real sentido del contrato esto es, aquélla que les permitiera entender fácilmente que en realidad estaban pactando un préstamo a interés fijo variable sólo al alza, y esa información no consta que se haya ofrecido aquí. Podría afirmarse que la cláusula examinada, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que los consumidores difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia. Por eso la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, se revela engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas; en concreto, se refiere la sentencia al diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, y que, en cambio, se erige como el elemento relevante susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor. La resolución alude a que las propias entidades han dado a la cláusula suelo un tratamiento secundario en el contrato, pese a tratarse de una cláusula definitoria de su objeto principal, dado que «no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios». Esta circunstancia ha afectado a la falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

**TERCERO.-** Enunciación del segundo motivo del recurso de apelación. Bajo el acápite &« de la eficacia no retroactiva de la nulidad de la cláusula de limitación del tipo de interés. Inobservancia de la jurisprudencia aplicable, sostiene la entidad financiera, con cita de numerosos precedentes doctrinales y jurisprudenciales,



que aún de estimarse la primera de las pretensiones deducidas por los demandantes, no procedería en ningún caso la devolución de las cantidades abonadas por la actora en aplicación de la cláusula litigiosa.

(i).- La STS 9 de mayo de 2013 declara en el Fallo (décimo) "No ha lugar a la retroactividad de esta Sentencia, que no afectará a situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta Sentencia".

De los efectos de la nulidad de las cláusulas contenidas en el condicionado general de los contratos de préstamo de los demandados que se declaran ilícitas por abusivas trata el Fundamento Decimoséptimo titulado "Eficacia no retroactiva de Sentencia", que se transcribe parcialmente a continuación:

### "2.2. Los efectos retroactivos de la nulidad.

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 (LA LEY 1/1889), a cuyo tenor "declarada 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 (LA LEY 44084/2012), 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 (LA LEY 16295/2013), apartado 58 (...) según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE (LA LEY 6/1957), 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 constituídas 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 (LA LEY 181057/2006), Rec.p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2011, *Nisipeanu*, C-263/10, apartado 32)".

### 2.3. La posibilidad de limitar la retroactividad.

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 (LA LEY 2500/1978) )-, 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 (LA LEY 3279/1992) pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que "(l) las 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 (LA LEY 674/1986), de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre (LA LEY 1635/2001), de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio (LA LEY 1167/2003).

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 (LA LEY 2576-TC/1994) de 16 junio, 281/1995 de 23 octubre, 185/1995 (LA LEY 726/1996), de 14 diciembre, 22/1996 (LA LEY 2670/1996) de 12 febrero y 38/2011 (LA LEY 14214/2011) 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) la 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 (LA LEY 44084/2012), 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 citadas, 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 (LA LEY 100241/2012), Rec. p. I-0000, apartado 59).

#### 2.4. La irretroactividad de la Sentencia

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 (LA LEY 1224/1994), 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

#### 2.4. Conclusiones.

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."

En la STS de fecha 25 de marzo del año 2.015 se dice "se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia.

Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013 , reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada".

(ii).- Trasladando la doctrina anterior al supuesto de hecho sujeto a revisión en esta alzada hemos de concluir que no procede la devolución de las cantidades que se hubieran abonado como consecuencia de la aplicación del límite a la variabilidad del tipo de interés sino desde el día 9 de mayo del año 2.013 fecha de la STS de tan repetida mención.

**CUARTO.-** De conformidad con lo prevenido en el artículo 398 en relación con el artículo 394- ambos de la LEC -, no ha lugar a pronunciamiento en cuanto a costas en la alzada al haberse estimado en parte el recurso de apelación interpuesto, ni tampoco en la instancia al acogerse de forma parcial la demanda presentada.

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

#### FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 31 de julio del año 2014 dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 4 DE GUADALAJARA , debemos revocar y revocamos la resolución recurrida UNICAMENTE en el sentido modificar el apartado segundo del Fallo condenando a la parte demandada a restituir las cantidades cobradas por aplicación de la cláusula declarada nula desde el día 9 de mayo del año 2.013, todo ello sin pronunciamiento en cuanto a costas ni en la instancia, ni en la alzada y, en su caso, restitúyase al apelante el depósito constituido para la interposición del recurso de apelación.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico.