

Roj: **SAP A 32/2017 - ECLI:ES:APA:2017:32**Id Cendoj: **03014370082017100002**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Alicante/Alacant**Sección: **8**Fecha: **07/04/2017**Nº de Recurso: **385/2016**Nº de Resolución: **216/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **LUIS ANTONIO SOLER PASCUAL**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE SECCIÓN OCTAVA. TRIBUNAL DE MARCAS DE LA UNIÓN EUROPEA****ROLLO DE SALA Nº 385 (M-146) 16****PROCEDIMIENTO Juicio Ordinario 614/15****JUZGADO Mercantil nº 2 Alicante****SENTENCIA NÚM. 216/17**

Iltmos.:

Presidente: Don Enrique García Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a siete de abril de dos mil diecisiete.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Iltmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario acción individual de nulidad de cláusula condición general de contratación -limitación de variabilidad del interés remuneratorio-, seguido en instancia ante el Juzgado de lo Mercantil número dos de los de Alicante con el número 614/15, y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado tanto por la parte demandante, D^a. Micaela , representada en este Tribunal por el Procurador D^a. Verónica García Bailén y dirigida por el Letrado D. Francisco Javier Zambudio Nicolás; y la parte demandada, la entidad Caixabank S.A., representada en este Tribunal por el Procurador D. Lorenzo Crhistian Ruiz Martínez y dirigida por el Letrado D^a. Patricia Blasco Alventosa, habiendo ambos apelantes presentado escrito de oposición al recurso del contrario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos de Juicio Ordinario número 614/2015 del Juzgado de lo Mercantil num. dos de Alicante se dictó Sentencia de fecha 21 de marzo de 2016 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "*Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por doña Verónica García Bailén, Procuradora de los Tribunales y de doña Micaela contra la mercantil Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona S.A., con expresa condena en costas a la actora.*"

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora y la parte demandada y, tras tenerlo por interpuesto, se dio traslado a la adversa, la cual presentó el escrito de oposición al recurso e impugnación de la Sentencia. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal en fecha 22 de julio de 2017 donde fue formado el Rollo número 385/M-146/16.

Habiéndose acordado elevar en los Rollos 52-M21/15 y 112-M41/15 de esta Sección sendas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) acerca de la compatibilidad de la limitación de la retroactividad de los efectos restitutorios



de la nulidad de la cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario con interés variable celebrado con un **consumidor** respecto de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los **consumidores** y la doctrina interpretativa del Tribunal de Justicia sobre la misma, se acordó suspender el señalamiento de la deliberación, votación y fallo y dar traslado a las partes para que alegaran sobre la suspensión de la prosecución de la tramitación del presente Rollo de apelación hasta tanto se pronunciara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea habida cuenta de que la cuestión litigiosa en el presente recurso de apelación coincidía con la solicitud de interpretación objeto de las dos cuestiones prejudiciales.

Tras formular las partes las alegaciones que estimaron pertinentes se acordó suspender la sustanciación del presente Rollo hasta tanto se pronunciara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las cuestiones prejudiciales elevadas en los Rollos números 52-M21/15 Y 112-M41/15 de esta Sección, de cuyo resultado se daría inmediata cuenta a las partes.

Una vez dictada la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de diciembre de 2016 (ECLI: EU:C:2016:980) se alzó la sustanciación del presente Rollo dando traslado a las partes para que en el plazo común de cinco días alegaran sobre la incidencia de la indicada Sentencia en la resolución del recurso de apelación, habiendo evacuado las partes el referido traslado con el resultado que obra en el Rollo.

Por Auto de este Tribunal de fecha 10 de febrero de 2017 se estimó pertinente la propuesta de prueba testifical de D. Serafin , señalándose para su práctica el día 5 de abril de 2017, en que ha tenido lugar.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento general. Posición de las partes. Sentencia y recursos.

En su demanda, D^a. Micaela , solicita la declaración de nulidad de la cláusula suelo inserta como condición general de contratación tercera bis en el contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demandada en fecha 13 de enero de 2010 para la adquisición de un local para el ejercicio de su profesión de psicóloga y conforme a la cual el tipo de interés no podrá ser inferior al 3% anual ni superior al 8%.

La nulidad de las cláusulas se pide de manera principal, por infracción del principio de la buena contractual, subsidiariamente por no superar el control de incorporación, subsidiariamente por inexistencia de consentimiento, subsidiariamente por vicio de consentimiento causado por dolo, deduciéndose más subsidiariamente acción de indemnización por responsabilidad contractual.

La Sentencia ha desestimado la demanda. Argumenta que no siendo en el contrato de préstamo hipotecario la demandante consumidora, no es de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo que se sustenta en la normativa de protección de **consumidores** por lo que no cabe declarar la abusividad. Desestima la acción deducida por inexistencia de consentimiento por ausencia de prueba, argumento que igualmente entiende de aplicación al caso del vicio por dolo que abunda con tres argumentos a saber, que no es equiparable la falta de información con el dolo, que no es equiparable el profesional con el **consumidor**, en cuyo marco se ha declarado por la jurisprudencia la nulidad por infracción de sus normas tuitivas y no por dolo o engaño y, en tercer lugar, porque la acción habría caducado; y desestima finalmente la acción de responsabilidad contractual al no constar que la entidad crediticia haya actuado de forma contraria a la buena fe.

En desacuerdo con tales conclusiones, formula recurso de apelación la demandante e impugnación de la Sentencia la entidad demandada.

Plantea en su recurso la representación procesal de la Sra. Micaela infracción procesal por vicio de incongruencia omisiva de la Sentencia de instancia al no pronunciarse sobre la nulidad de la cláusula suelo ex art. 8-1 LCGC en relación al ar. 1258 CC como tampoco sobre la no incorporación de la cláusula suelo ex art. 5 y 7 LCGC, pronunciándose sin embargo sobre la acción de nulidad por abusividad ante el **consumidor** a pesar de no haberse ejercitado dicha acción, alegándose en el recurso el reconocimiento de sus argumentos, una vez quedan despejados los vicios denunciados, para la estimación de la demanda.

Por su parte, la entidad Caixabank alega frente a la Sentencia 1) falta de legitimación activa de la actora para promover la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula al no tener la condición de **consumidor**, 2) indebida acumulación de acciones y falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil para conocer de las acciones deducidas de forma subsidiaria y en particular la de nulidad por inexistencia de consentimiento



y vicio del consentimiento -dolo- y la acción de indemnización por responsabilidad contractual, 3) defecto legal en el modo de proponer la demanda por formularse una pretensión de reclamación de cantidad ilíquida con infracción del art. 219 y 209.4 LEC y, 4) caso de estimación del recurso, de no imposición de costas a ninguna de las partes por estimación parcial de la demanda.

Examinaremos en primer término los planteamientos de índole procesal que formula Caixabank en su recurso (impugnación) y, en concreto, los relativos a la indebida acumulación de acciones en relación a la falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil y el defecto legal en el modo de proponer la demanda por iliquidez de las pretensiones de condena dineraria.

SEGUNDO.- Motivos por infracción procesal: Indebida acumulación, falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil y defecto en el modo de proponer la demanda por infracción del art. 219 LEC .

Como hemos señalado, opone en su impugnación de la Sentencia la representación procesal de Caixabank dos cuestiones de índole procesal, la indebida acumulación de acciones por falta de competencia objetiva para el conocimiento de algunas de ellas por los Juzgados de lo Mercantil y el defecto legal en el modo de proponer la demanda por contener una pretensión de condena a cantidad líquida sin fijar importe.

Ambos dos motivos han de rechazarse.

Ha de desestimarse la falta de competencia objetiva para el conocimiento de las acciones acumuladas de nulidad por inexistencia de consentimiento, de anulabilidad de la cláusula por vicio del consentimiento -dolo eventual- y de responsabilidad contractual porque es evidente la posibilidad de acumulación de las acciones dada la estrecha conexión existente entre las acciones deducidas en base a la LCGC y la de responsabilidad contractual y el obstáculo desproporcionado que para la tutela judicial efectiva supone tener que ejercitarlas separadamente ante distintos Juzgados teniendo en cuenta que la acción de nulidad del art. 8-1 en relación al art. 1258 CC así como la de no incorporación exige acreditar la concurrencia de las circunstancias legalmente establecidas determinantes de la misma, sobre las que gravitará normalmente el peso del proceso, señaladamente en las primeras, el defecto informativo y la conducta desarrollada con ocasión de la negociación precontractual y la coetánea a la firma del contrato, siendo la finalidad perseguida por la parte con el ejercicio de todas las única, a saber, la supresión de la cláusula suelo y el reintegro de lo indebidamente abonado en base a dicha cláusula.

Por tanto, si no se admitiera la acumulación, las acciones que recaen directamente sobre la prestación del consentimiento y la que trae causa en la infracción de la relación negocial, se vería la parte obligada a, caso de desestimarse las acciones derivadas directamente de la LCGC a plantear un nuevo y posterior litigio en base a prácticamente los mismos hechos, teniendo en cuenta que en todo caso, el planteamiento sobre el carácter exógeno de las acciones respecto de la competencia objetiva de los Juzgados de lo mercantil solo es admisible respecto de la acción de responsabilidad contractual y no del resto de las acciones formuladas, dada la remisión genérica que el art. 8-1 LCGC hace a las normas generales de nulidad respecto de la cual entendemos que la aplicación analógica de las normas sobre acumulación permite admitir la procedencia de la acumulación de estas acciones ante un tribunal que carezca de competencia para conocer de alguna de ellas, siendo competente para conocer de esta acumulación los Juzgados de lo mercantil porque estos órganos son los específicamente competentes para conocer de las acciones -desde luego hasta el día 1 de octubre de 2015 en que entró en vigor la reforma operada por la LO 7/2015 respecto de la competencia para el conocimiento por los Jueces de Primera Instancia de las acciones individuales- más específicas sobre cláusulas condiciones generales de contratación que se formulan de manera principal respecto de la responsabilidad contractual.

En consecuencia y atendida la norma de especialización competencial de los Juzgados de lo Mercantil - art 86 ter LOPJ -, que pertenecen a la jurisdicción civil, procede desestimar la alegación formulada tanto más cuando la acumulación no produce indefensión a ninguna de las partes, al no afectarse a sus posibilidades de alegación y defensa ni modificarse el tipo de proceso a través del que deben ejercitarse las acciones acumuladas y tanto menos los recursos que pueden ser utilizados por las partes.

Y ha de desestimarse el defecto legal en el modo de proponer la demanda porque no es cierto que se hayan incumplido los requisitos previstos en el art. 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que, como señala la STS de 28 de noviembre de 2013 , ni exige dicho precepto que la reserva de liquidación se pida expresamente en la demanda, ni desde luego prohíbe en todo caso la reserva de liquidación a ejecución de sentencia porque tal liquidación haya de tener lugar en todo caso en un proceso declarativo posterior ya que lo que contiene el último inciso del apartado segundo del art. 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es una posibilidad de reservar a ejecución de sentencia la liquidación de la condena.

Sobre este particular, la sentencia núm. 993/2011, de 16 de enero de 2012, ha establecido una doctrina general sobre el régimen de las pretensiones con reserva de liquidación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, al



declarar que " Es cierto que el legislador procesal del 2000 establece, de forma bastante oscura, un sistema que pretende evitar el diferimiento a ejecución de sentencia de la cuantificación de las condenas, de modo que las regulaciones que prevé se circunscriben, aparte supuestos que la propia LEC señala (como los de liquidación de daños y perjuicios de los arts. 40.7 , 533.3 y 534.1, párr. 2º), a eventos que surjan o se deriven de la propia ejecución. [...]. La normativa, como regla general, es saludable para el sistema, empero un excesivo rigor puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva (S. 11 de octubre de 2011) de los justiciables cuando, por causas ajenas a ellos, no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso.

No ofrece duda, que, dejarles en tales casos sin el derecho a la indemnización afecta al derecho fundamental y a la prohibición de la indefensión, y para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales - contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial-, permitan dar satisfacción a su legítimo interés. Se puede discutir si es preferible remitir la cuestión a un proceso anterior (SS. 10 de febrero de 2009, 49 ; 2 de marzo de 2009, 95 ; 9 de diciembre de 2010, 777 ; 23 de diciembre de 2010, 879 ; 11 de octubre de 2011 , 663); o excepcionalmente permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución (SS. 15 de julio de 2009 ; 16 de noviembre de 2009, 752 ; 17 de junio de 2010, 370 ; 20 de octubre de 2010, 606 ; 21 de octubre de 2010, 608 ; 3 de noviembre de 2010, 661 ; 26 de noviembre de 2010 , 739), pero lo que en modo alguno parece aceptable es el mero rechazo de la indemnización por falta de instrumento procesal idóneo para la cuantificación. Los dos criterios han sido utilizados en Sentencias de esta Sala según los distintos supuestos examinados, lo que revela la dificultad de optar por un criterio unitario sin contemplar las circunstancias singulares de cada caso. El criterio de remitir a otro proceso, cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, y el criterio de remitir a la fase de ejecución supone una mayor simplificación y, posiblemente, un menor coste -economía procesal-. Como criterio orientador para dirimir una u otra remisión parece razonable atender, aparte la imprescindibilidad, a la mayor o menor complejidad, y en este sentido ya se manifestaron las Sentencias de 18 de mayo de 2009, 306 y 11 de octubre de 2011 , 663, aludiendo a la facilidad de determinación del importe exacto las Sentencias de 17 de junio de 2010, 370 y 26 de junio de 2010 , 739. En el caso, la sentencia recurrida opta por el segundo criterio, y lo cierto es que su aplicación (y singularmente del art. 715 LEC) no supone ninguna indefensión ".

En el caso de autos, la pretensión contenida en la demanda de que el importe a reintegrar se fijaría en ejecución de sentencia no es sino una reserva de liquidación adecuada a la previsión del art. 219.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, puesto que es especialmente compleja determinarla con carácter previo y el importe líquido puede fijarse en ejecución de sentencia con una simple operación aritmética, con base en una documentación simple e indubitada como es la relativa al pago de las cuotas del préstamo hipotecario concertado para la adquisición de una determinada vivienda que constituye el fondo de las bases contenidas en la propia demanda para la posterior liquidación de lo adeudado.

Es por todo ello que desestimamos dicho motivo.

Desestimados los dos motivos procesales alegados por Caixbank que podrían constituir un obstáculo para el pronunciamiento sobre el objeto de litigio, procedemos al análisis del recurso formulado por la Sra. Micaela , con ocasión del cual haremos también referencia a los motivos de fondo planteados por Caixabank en su impugnación en tanto están estrechamente ligados al recurso de apelación que la demandante ha formulado.

TERCERO.- Incongruencia de la Sentencia de instancia.

El punto de partida del recurso que formula la representación procesal de la Sra. Micaela es el de la incongruencia de la Sentencia de instancia al revolver sobre lo no pedido -nulidad por abusividad- y obviar, sin embargo, lo pedido -nulidad por infracción del principio de la buena fe contractual-.

Pues bien, el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum y la causa petendi y el fallo de la sentencia (Sentencias 173/2013, de 6 de marzo). " De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("ultra petita"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("infra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito (Sentencias 468/2014, de 11 de septiembre , y 375/2015, de 6 de julio). " Sentencia 450/2016 de 1 de julio de 2016 .

Traída al caso esta doctrina, resulta evidente que la Sentencia es incongruencia *extra petita* e *infra petita* pues como resulta de la demanda y en particular de su suplico, la acción ejercitada no es de nulidad por abusividad



de la cláusula contractual sino de nulidad por infracción del principio de la buena fe ex art 8-1 LCGC en relación al art. 1258 CC .

Es cierto que conforme a reiterada jurisprudencia, las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada, salvo supuestos muy concretos, como es el caso, no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (SSTS 29 de septiembre de 2003 ; 21 de marzo 2007 ; 16 de enero 2008 ; 5 de marzo 2009), sin necesidad de que exprese la desestimación de cada una de las peticiones formuladas y menos aún de todas las cuestiones suscitadas en la demanda, y con independencia también de que la desestimación de una petición puede ser implícita como consecuencia de lo razonado en general (SSTS 23 de marzo de 2007 ; 16 de enero 2008 y Sentencia 232/2010 de 30 de abril de 2010). Pero es el caso que nos ocupa una de esas excepciones porque en parte la absolución se sustenta en la propia incongruencia del razonamiento ya que sin examen de la petición principal se desestiman las peticiones subsidiarias tras valorar negativamente un planteamiento no formulado por el demandante, el de abusividad en atención a una condición, la de consumidora de la demandante, no invocada en la demanda porque no se formula tal pretensión.

No se trae a colación en la demanda la legislación de consumo ni por ello es aceptable el primero de los motivos que formula la entidad en su impugnación de la sentencia, relativo a la falta de legitimación activa de la actora para pretender la declaración de nulidad por abusividad de una cláusula por faltarle la condición de **consumidor** pues, como se ha señalado, no se niega que la Sra. Micaela no actuara como empresa al suscribir el contrato de crédito hipotecario ni por ello se invoca como fundamento de la petición principal la abusividad fuera el margen general que autoriza el art. 8-1 LCGC en relación a su exposición de motivos como luego examinaremos.

Es por ello la Sentencia de instancia claramente incongruente y la denuncia relativa al vicio de que se trata debe valorarse positivamente.

Y estimada la incongruencia de la Sentencia, procede examinar la pretensión deducida como principal en la demanda que ha quedado imprejuizada, conforme al régimen jurídico que seguidamente expondremos atendida la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Régimen jurídico de la nulidad de condición general de contratación suscrita por adherente no consumidor. Aplicación al caso.

El Tribunal Supremo, en tres Sentencias sucesivas - STS 30/17, de 18 de enero , 41/17, de 20 de enero y 57/17, de 30 de enero - ha fijado y consolidado la doctrina iniciada en la STS 367/2016 respecto del régimen jurídico aplicable a los contratos entre profesionales cuando del análisis de condiciones generales de contratación se trata.

En síntesis, la doctrina que se establece por el Tribunal Supremo para los casos de contratos en los que el adherente es profesional o empresario es la siguiente:

- 1) El concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos de **consumidores**.
- 2) No cabe control de abusividad a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario.
- 3) El control de transparencia está conectado y reservado en la legislación comunitaria y nacional, a las condiciones generales de contratación incluidas en los contratos celebrados con **consumidores**. No cabe en consecuencia control de transparencia cualificado (o segundo control de transparencia) de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no **consumidores**.
- 4) El control de incorporación de las condiciones generales se extiende sin embargo a cualquier cláusula de dicha naturaleza con independencia de que el adherente sea **consumidor** o no -art 5.5 y 7 LCGC-.
- 5) No hay una modalidad especial de protección al adherente no **consumidor** más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y justo equilibrio de prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual.
- 6) La remisión a la legislación contractual general requiere tener en cuenta los artículos 1258 CC y 57 Ccom que establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe.
- 7) Así la buena fe actúa como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, al menos, las que causan desequilibrio de la posición contractual de adherente.
- 8) En esta línea puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente.



9) Es contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de las cláusulas que perjudican al adherente. Así el art. 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, el contenido natural del contrato.

10) En el supuesto específico de la denominada cláusula suelo, el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general, lo que conecta con el criterio de las cláusulas sorprendentes o insólitas, no previsibles por el adherente, y con el abuso de posición dominante, imponiendo el predisponente condiciones que desnaturalizan el contenido del contrato.

11) Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias deben tomarse en consideración, a) el nivel de información proporcionado y, b) la diligencia empleada por el prestatario adherente que dependerá de circunstancias subjetivas como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, experiencia, asesoramiento, conocimientos financieros, etc.

12) Como el adherente no es **consumidor**, operan las reglas generales de la carga de la prueba, por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, desde la demanda, indique cuales son las circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente.

Pues bien, con arreglo a esta doctrina, el control de incorporación pasa a ser, básicamente, un debate sobre la buena fe contractual. Y corresponde al demandante de nulidad acreditar que la buena fe ha estado ausente con el efecto de la intromisión contractual de contenidos desnaturalizantes del contrato celebrado, injustificados en la economía del propio contrato e impuestos de forma sorpresiva por el predisponente en base a su posición contractual que ha podido desencadenar una negociación opaca, valiéndose de una propicia situación subjetiva y concretas circunstancias del adherente que impidió a éste conocer de la existencia y alcance de la condición general en particular.

En el caso entendemos que así ha quedado demostrado pues, de un lado, no se ha constatado que la entidad financiera diera a la prestataria la información necesaria sobre el precio del préstamo y, en particular, que el mismo vendría determinado no solo por la aplicación de un índice de referencia más diferencial sino por una limitación a la baja que impediría la modulación del precio en función de aquellos parámetros propios del préstamo a interés variable puro y que podría hacer que el interés fuera fijo en el suelo durante el tiempo en que el índice más diferencial estuvieran por debajo del suelo establecido.

El testigo, director de la oficina donde la prestataria concertó el préstamo, puso de relieve que hubo conversaciones preliminares -lo que es obvio en cualquier operación de esta naturaleza- y que las condiciones fueron fijadas desde un departamento específico de la entidad crediticia en atención al carácter de autónomo que tenía la prestataria, señalando que las condiciones de la operación -que no estaban negociadas individualmente- eran las que debían ser aceptadas para que la operación tuviera lugar. Reconoce sin embargo que no hubo una información detallada más allá de lo que resulta del tenor mismo de la cláusula que afirma, es comprensible, se le puso de relieve y conoció.

Precisamente se alega en relación a ello la oferta vinculante que le fue entregada días antes de la firma notarial de la operación y donde consta la limitación a la variabilidad del interés remuneratorio. Sin embargo lo que se pone de relieve en dicho documento es la propia imposibilidad de tomar conocimiento de la cláusula de que se trata, que aparece difuminada entre un conjunto de cláusulas y sin calificar específicamente ni, desde luego, resalte alguno, haciendo dificultosa su apreciación.

Y si a ello se añade que la cláusula está introducida y ubicada dentro del contrato de forma tal que resulta enmascarada -como apartado final, sin destacarla, de entre otros tantos-, diluyéndose la atención que merece la misma entre esas otras cláusulas, no apareciendo en suma como lo que es, una cláusula principal del contrato y lo que es peor, claramente sorpresiva por contradictoria respecto del principio general contenido en el apartado A) del Pacto tercero bis -tipo de interés variable- donde se establece que el tipo de interés nominal aplicable será igual a la suma del índice de referencia y del diferencial sin advertencia de que en realidad ello lo es de forma limitada, la conclusión que alcanzamos es que la introducción de la cláusula suelo sin conocimiento de la prestataria se hizo para incorporar al contrato una regulación contraria a las legítimas expectativas que, conforme al contrato pactado podía tener la Sra. Micaela .

Estamos por tanto ante el caso que califica la STS 57/2017 , en relación al caso de la cláusula suelo, de la infracción de la buena fe contractual por razón de la introducción sorpresiva de dicho límite en contradicción entre la concertación del interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición



general de la contratación lo que, dice esta resolución, hace inválida la estipulación que por insólitas, el adherente no podía haberlas previsto razonablemente, lo que a su vez entronca con la descripción que la exposición de motivos LCGC hace del abuso de posición dominante en el sentido, dice la Sentencia, de que el predisponente haga mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato, lo que en el caso adquiere tanto más certeza no solo desde la confirmación de falta de concreta información sino desde las consideraciones subjetivas de la prestataria, psicóloga y sin conocimientos financieros o crediticios específicos, ajena al sector económico-bancario y sin asesoramiento externo y por tanto, de buena fe confiada en la profesionalidad contractual de la entidad crediticia.

En suma, hubo imposición, no hubo información bastante y por las circunstancias que se le expusieron y que se plasmaron en el contrato, se alcanzó el convencimiento de que el préstamo lo era a interés variable y que, en consecuencia, fluctuaría con el índice de referencia, a favor o en contra según mercado, produciéndose evidente frustración económica en el contrato cuando se advirtió que entre el clausulado impuesto se había introducido una condición que impedía la libre fluctuación a la baja que hacía, por las características del mercado actual, primero, que el precio del préstamo no pudiera beneficiarse del mercado de intereses y, segundo, que se transformara el préstamo de interés variable en un préstamo a interés fijo impidiéndole aquél beneficio.

Es por ello la presencia de la cláusula suelo en el contrato de préstamo que analizamos un pacto sorpresivo contrario a la buena fe contractual - art 1258 CC - que hace, ex art 8-1 LCGC, que dicha estipulación sea inválida, estimándose con ello el recurso de apelación y el suplico principal primero de los contenidos en la demanda rectora de esta litis, resultando innecesario el examen de las peticiones subsidiarias planteadas en la demanda y por extensión, en el recurso de apelación.

QUINTO.- Retroactividad. Efectos de la nulidad de la cláusula suelo.

Es irrelevante traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre del 2016 dictada para dar respuesta sobre la compatibilidad del principio de no vinculación de las cláusulas abusivas con el hecho de que los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo no se retrotraigan a la fecha de celebración del contrato, sino a una fecha posterior conforme a la doctrina conocida del Tribunal Supremo pues, en el caso, no se dilucida una cuestión de consumo sino un contrato entre profesionales y por tanto ha de acudirse al régimen general de nulidad respecto del que, en lo que hace a los efectos de la nulidad, supone la llamada al art. 1303 del Código Civil que impone que el efecto de la nulidad conlleva la condena de restitución que se ha de extender al pago de todas las cantidades indebidamente abonadas a la entidad bancaria, sobre la base de la cláusula suelo, desde la fecha de celebración del contrato.

A su vez, la entidad demandada deberá hacer efectivos a la actora los intereses legales de las cantidades indebidamente abonadas desde la fecha en que fueron satisfechas hasta la fecha en que se restituyan de conformidad con el criterio establecido en la STS de 30 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5288): "*hemos de tener en cuenta que los desplazamientos patrimoniales realizados en cumplimiento del contrato inválido carecen de causa o fundamento jurídico (sentencia núm. 613/1984, de 31 de octubre); por lo que, cuando se han realizado prestaciones respectivas, el art. 1303 CC -completado por el art. 1308- mantiene la reciprocidad de la restitución. Así como que el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato nulo impone que la restitución deba comprender no sólo las cosas en sí mismas, sino también los frutos, productos o rendimientos que hayan generado.*"

SEXTO.- Costas procesales

En cuanto a las costas procesales de este recurso, habiéndose estimado el recurso de apelación, no cabe efectuar declaración sobre las mismas - art 398 LEC -, siendo sin embargo procedente modificar el pronunciamiento relativo a las costas de la instancia en el sentido de hacer expresa imposición de las causadas a la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haber quedado estimada en su integridad, la demanda principadora de este proceso.

SÉPTIMO.- Depósito para recurrir

Habiéndose estimado el recurso de apelación, se acuerda la devolución de la totalidad del depósito efectuado para recurrir - Disposición Adicional Décimoquinta nº 8 LOPJ -.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLAMOS



Que estimando el recurso de apelación entablado tanto por la parte demandante, D^a. Micaela , representada en este Tribunal por el Procurador D^a. Verónica García Bailén; y desestimando el recurso entablado por la parte demandada, la entidad Caixabank S.A., representada en este Tribunal por el Procurador D. Lorenzo Crhistian Ruiz Martínez, contra la Sentencia de fecha 21 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Mercantil número dos de los de Alicante , debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud, debemos declarar y declaramos nula la cláusula inserta como condición general de contratación como " *pacto tercero bis.- Tipo de interés variable. Segunda Fase, apartado F) Límite a la variación del tpo de interés aplicable* " en el contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demandada en fecha 13 de enero de 2010 en virtud de la cual el tipo máximo y mínimo de interés nominal anual aplicable durante la fase sujeta a intereses variables será del 8.00 y del 3.00 por ciento respectivamente, condenándose a la entidad demandada a pagar a la actora la totalidad de las cantidades que haya percibido en aplicación de la cláusula que ha sido declarada nula desde la fecha de celebración del contrato, más los intereses legales de las cantidades indebidamente abonadas desde la fecha en que fueron satisfechas hasta la fecha en que se restituyan, con expresa imposición de las costas procesales de la instancia; y sin imposición de las costas procesales de esta alzada a la apelante demandante y con expresa imposición de las costas de esta alzada a la entidad impugnante.

Se acuerda la devolución al apelante de la totalidad del depósito efectuado para recurrir.

Esta Sentencia no es firme en derecho y, consecuentemente, cabe en su caso interponer contra la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 468 y siguientes, y 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación, recursos que deberán interponerse dentro de los veinte días siguientes a la notificación de esta resolución previa constitución de depósito para recurrir por importe de 50 euros por recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección 8^a abierta en la entidad Banco de Santander, indicando en el campo "Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", advirtiéndose que sin la acreditación de constitución del depósito indicado no será admitido (LO 1/2009, de 3 noviembre) el recurso.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose el Tribunal de Marcas de la Unión Europea celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-