



Roj: **SAP CR 909/2014 - ECLI:ES:APCR:2014:909**

Id Cendoj: **13034370012014100451**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ciudad Real**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2014**

Nº de Recurso: **150/2014**

Nº de Resolución: **222/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA PILAR ASTRAY CHACON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 1

CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00222/2014

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN PRIMERA

CIUDAD REAL

Rollo de Apelación Civil: 150/14

Autos Procedimiento Ordinario nº 302/13

Juzgado: 1ª Inst. nº4 de Ciudad Real

SENTENCIA N° 222

Ilmos. Sres.

Presidenta:

Dª MARÍA JESÚS ALARCON BARCOS

Magistrados:

D. LUIS CASERO LINARES

D MARÍA PILAR ASTRAY CHACÓN

CIUDAD REAL, a trece de octubre de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de CIUDAD REAL, los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 302/13 procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N°4 DE CIUDAD. REAL, a los que ha correspondido el Rollo n° 150/14 en los que aparece como parte demandante-apelante, Dª. Sagrario y D. Jose Carlos , representados en esta alzada por la Procuradora Dª. MAR MOHINO ROLDAN, y asistido por el Letrado D. ELOY SÁNCHEZ PALACIO, y como demandada-apelante, UNICAJA BANCO SAU representada en esta alzada por la Procuradora Dª CONCEPCIÓN LOZANO ADAME, y asistida de la Letrada Dª. ROCÍO JIMÉNEZ MIRANDA, siendo Ponente la Ilmta. Sra. Dª. MARÍA PILAR ASTRAY CHACÓN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Sr. Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº4 de Ciudad Real se dictó sentencia en los referidos autos, de fecha 28 de febrero de 2014 cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así; "FALLO; Que estimando en parte la demanda presentada por la Procuradora Sra. Mohino Roldan en nombre de D. Jose Carlos y D. Sagrario contra la entidad UNICAJA BANCO SA, se declara la nulidad de la estipulación inserta



en la cláusula Tercera bis del préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes de fecha 23 de mayo de 2007, que dice que "en ningún caso el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3.50% nominal anual", manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación del límite de suelo fijado en aquella, absolviendo a la demandada del resto de peticiones deducidas contra ella en la demanda, sin imposición de costas".

SEGUNDO- Notificada la sentencia a las partes, se interpuesto contra la misma recurso de apelación en tiempo y forma por la demandante y la demandada, admitiéndose el recurso y dándole el trámite correspondiente, las partes hicieron las alegaciones que estimaron conveniente en apoyo de sus respectivos intereses, elevándose los autos a la Audiencia y correspondiendo a esta Sección por turno de reparto, se formó el correspondiente rollo y se turnó Ponencia, señalándose día para la votación y fallo del recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta apelación se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- Como cuestión a examinar previamente corresponde a esta Sala valorar de oficio su propia competencia objetiva. En este caso se formuló demanda dirigida al juzgado de lo Mercantil de Ciudad Real la que se instaba la nulidad de la cláusula suelo y el demandante determinaba la competencia para dicho enjuiciamiento en aplicación de la norma competencial contenida en el Art. 86 Ter 2 d; no siendo dicha atribución competencial cuestionada ni controvertida en la Instancia.

interpuesto recurso de apelación fue turnada a esta sección de la Audiencia por turno de reparto, el apelante no ha formulado cuestión alguna ante este particular.

Aunque esta sección no tiene atribuida la competencia en materia mercantil, no existen razones que justifiquen el planteamiento de oficio de una falta de competencia objetiva, y ello obviamente, no, porque no se pueda de oficio estimar su falta, sino porque, conforme fue resuelto por Pleno no Jurisdiccional de esta Audiencia Provincial, no concurre tal falta de competencia, siendo la materia objeto de estos autos competencia de los Juzgados de Primera Instancia, y por ende, resulta competente esta sección de la Audiencia Provincial.

De modo general, frente a una inicial línea restrictiva que entendía que la atribución competencial a los Juzgados de lo Mercantil lo era respecto a las acciones colectivas en algunas Resoluciones se comenzó a admitir que los Juzgados de lo Mercantil son competentes tanto para las acciones individuales de no incorporación como las de cesación por nulidad por abusivas de las condiciones generales de la contratación, de conformidad con la previsión del Art. 86 ter 2.d de la LOPJ . En este sentido, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de febrero de 2010 y de 20 de julio de 2012 y el de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 31 de julio de 2013 .

La competencia para examinar la abusividad de las cláusulas incardinadas en las condiciones generales de la contratación en el procedimiento de ejecución ordinaria o en el procedimiento de ejecución hipotecaria, fue asumida en aplicación de la doctrina del Tribunal de justicia de la Unión Europea y en la actualidad por aplicación de la ley 1/2013 por los Juzgados de Primera Instancia. Parte de la doctrina justifica con dicha atribución competencial la deducción de que la competencia del Juzgado de lo Mercantil para las acciones individuales no es exclusiva ni excluyente, mientras otra parte entiende que la competencia para dicho conocimiento se atribuye incidenter tantum.

Y esta cuestión reabre el planteamiento no resuelto de lo que acaece en las acciones ejercitadas en un procedimiento declarativo. La atribución anómala que incardina la LOPJ al Juzgado de lo Mercantil obliga a plantear si el **consumidor** demandante puede instar, dentro de una pretensión general de nulidad total o parcial del contrato suscrito, la declaración de nulidad por abusividad de una determinada cláusula; o contrariamente si siendo demandado por la predisponente puede oponer como excepción la no incorporación del contrato o reconvenir la nulidad por abusividad de una determinada cláusula. Y aquí existen una serie de posiciones que resumo del modo siguiente;

- A- Los que entienden que la atribución del Art. 86 ter de la LOPJ , no se aplicaría cuando se invoca la nulidad, en acumulación objetiva, con acciones ordinarias de ineficacia contractual, y prueba de ello son los litigios sostenidos en relación con swaps, preferentes o subordinada.

-B- Los que entienden que la competencia se limita a los casos en los que se ejerciten acciones previstas en la normativa específica sobre la materia, sin que quepa su extensión a procedimientos en que se hagan valer una pretensión de nulidad genérica. Esta distinción ha sido recogida por la jurisprudencia, que entiende incluidas en dicho artículo sólo las acciones de los artículos 7 , 8 y 12 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra de 1 de junio de 2010 , Auto de la



Audiencia Provincial de Madrid de 2 de febrero de 2012 y Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 31 de julio de 2012).

Según esta interpretación, no entrarían tampoco dentro de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil acciones de nulidad de cláusulas abusivas basadas en la normativa sobre protección de **consumidores** y usuarios, en particular en la Ley de **Consumidores** y Usuarios (artículos 80 y ss .).

En definitiva se defiende que la atribución no se extiende más allá de lo que determina una interpretación estricta, entre otras resoluciones, los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 12 de febrero de 2010 , y A Coruña, de 31 de julio de 2012 , basándose en que se trata de una competencia exclusiva y excluyente atribuida a un órgano jurisdiccional especializado que por tanto carece de competencia para conocer de aquello que no le viene expresamente atribuido según el principio recogido por la STS de 8 de marzo de 1993 .

-C- La que entiende que la norma competencial es exclusiva y excluyente, y por lo tanto impide que el **consumidor** como demandante inste la nulidad de la condición por abusiva en demanda formulada ante los Juzgados de Primera Instancia.

Mayor problema se plantea cuando el **consumidor** es demandado en un procedimiento iniciado por la predisponente en reclamación de cantidad. Aquí se observan, principalmente las siguientes posiciones:

La que basada en la propia atribución competencial por la norma 1/2013 para los procesos de ejecución, entiende que resulta posible que el **consumidor** oponga o reconvenga con base en dicha pretensión de abusividad.

Las que en todo caso, desde el obligado control de oficio en cualquier procedimiento de las cláusulas abusivas que impone la directiva comunitaria, implica que los Juzgados de Primera Instancia no solo pueden, sino que deben, incluso de oficio, conocer sobre dicha abusividad.

Los que entienden que el demandado deberá presentar nueva demanda ante el Juzgado de lo Mercantil, y solicitar la suspensión del procedimiento seguido en su contra por prejudicialidad civil. En una interpretación estricta de dicha regla de atribución competencial, se llegaría a plantear que la atribución alcanza la remisión genérica a todas las normas que contengan disposiciones sobre condiciones generales, y entre ellas incluidas la ley de contrato de seguro.

Quizás el acento interpretativo que ha de sugerirse para dotar de cordura este debate, es el matiz de que la norma se refiere a acciones y no cuestiones, demandas o pretensiones, existiendo hoy posicionamientos que inciden en la primera posición que partía de que la competencia Mercantil lo es para el conocimiento de las acciones colectivas, matiz que estuvo presente en la elaboración de la norma, aunque desapareció del texto final. En todo caso, y aunque se admitiera, que la previsión alcanza a las acciones individuales, la solución partiría de una interpretación flexible a favor de la decisión unitaria en el procedimiento seguido en reclamación de cantidad en el Juzgado de Primera Instancia.

-El pleno de nuestra Audiencia acordó como criterio entender la competencia del Juzgado de Primera Instancia para el conocimiento como demandante de todas aquellas acciones en las que, independientemente de invocar, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, se ejercitaran pretensiones individuales de nulidad con base en el texto refundido de la Ley General para la defensa de **Consumidores** y Usuarios, o el código civil; al igual la posibilidad del **consumidor** de oponer la nulidad o inaplicación de la cláusula concreta al ser demandado.

En conclusión, considera, pues, la Sala que la previsión competencia! de atribución al Juzgado de lo Mercantil ha de entenderse circunscrita a las acciones colectivas de cesación, y en todo caso, no puede entenderse concurre falta de competencia del Juzgado de Primera Instancia, cuando se ejercita una acción individual, invocando, no solo, la LCGC, sino igualmente, el control de contenido por abusividad en aplicación de la normativa de consumo.

Sentado lo anterior, tampoco podría estimarse concurre causa de nulidad alguna al seguirse el procedimiento ante el Juzgado de lo Mercantil, que a la par es de Primera Instancia núm. 4, dado que tiene atribución competencial para ambas materias y el procedimiento seguido es, en todo caso, el juicio ordinario, no produciéndose indefensión a ninguna de las partes.

SEGUNDO- La Sentencia de Primera Instancia, en un extenso análisis de la doctrina sentada por la conocida Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo, concluye tras analizar la cláusula que la misma no supera el filtro de transparencia en cuanto no resulta que el **consumidor** pueda conocer con sencillez la carga económica del contrato, en la asignación y distribución de los riesgos en la ejecución del contrato, de modo que el contrato de préstamo se convierte en un préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza, existiendo un déficit



de información del banco, incardinándose en la cláusula tercera bajo denominada "tipo de interés variable", cuando en realidad se establece un tipo fijo y se entremezcla con datos relativos al interés de referencia y sus sustitutos, dificultando su identificación, por mucho que se destaque en negrita y la comprensión de sus efectos, al no constar acreditado que se hicieran simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés. Del mismo modo incide, con cita textual del Auto aclaratorio de tres de julio dictado por el Tribunal Supremo, tal exigencia de formación no se sule con la lectura de la escritura por el Notario, en cuanto a estimarse cumplido el deber de información precontractual.

Tras lo expuesto, afirma que la cláusula no supera el filtro de transparencia procediendo entrar en el análisis del control de contenido y concluyendo el carácter abusivo de la misma, al existir desequilibrio en el real reparto de riesgo de la variabilidad de los tipos en abstracto, conforme en su día había examinado en cláusulas similares el Tribunal Supremo en la conocida Sentencia ya anteriormente citada.

Finalmente expone las razones por las que estimando en parte la demanda no reconoce el efecto retroactivo o devolutivo de las cantidades percibidas en aplicación de dicha cláusula.

Frente a dicha Sentencia interponen ambas partes recurso de apelación. La entidad bancaria, en un extenso escrito de recurso afirma la existencia de error al considerar dicha cláusula como condición general de la contratación; la aplicación de la norma general de que no procede control da abusividad de las cláusulas suelo al afectar al objeto principal del contrato; indebida aplicación del control de transparencia establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo, así como la indebida e incorrecta aplicación de sometimiento de las cláusula al control de abusividad.

La parte demandante, por el contrario, solicita se revoque la Sentencia en el particular de reconocer el efecto devolutivo a las cantidades abonadas en aplicación de esta cláusula.

TERCERO- Expuestas en síntesis, en el "anterior fundamento, las cuestiones sometidas a debate en este recurso, debe precisarse, en primer lugar, que la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha nueve de mayo de dos mil trece y por la que se resuelve una acción colectiva de cesación, contiene un extenso, detallado y minucioso cuerpo de doctrina sobre el control de abusividad por falta de transparencia, que ordinaria y habitualmente ha sido reproducido en ía resolución de las acciones individuales por los Tribunales de Instancia y de apelación.

Dicha resolución resuelve cuando una cláusula o estipulación que afecte al objeto principal del contrato puede ser objeto de control de contenido por abusividad, en el sentido de que pueden someterse a dicho control aquellas estipulaciones o cláusulas predispuestas y no negociadas individualmente no transparentes. Y ello obviamente no lo hace porque afirme que en todo caso proceda el control de aquellas cláusulas que definan o delimiten el objeto principal del contrato- y en este sentido se desvirtúa el argumento de la recurrente entidad bancaria sobre dicha limitación del control de abusividad- sino porque dicho control ha de realizarse desde la óptica de los requisitos de transparencia, de modo que las cláusulas no transparentes, aunque afecten al objeto principal del contrato, puedan declararse Ineficaces si no superan el control de contenido.

Sin ánimo de reiterar de forma ociosa argumentos sobre el contenido de la doctrina jurisprudencial plasmada en la Sentencia de Pleno, precisaremos, que uno de los puntos relevantes de la misma es la pretensión de cierre de la polémica sobre la posibilidad de control o no de abusividad, y la concreción de! parámetro o fundamento de la procedencia de dicho control. Tras examinar las tesis doctrinales favorables a entender que es posible el control contenido, en todo caso, de dichas, cláusulas (doctrina que partía-de la no transposición de la limitación de la directiva y de la anterior redacción del Art. 10 a de la ley general para la defensa de **consumidores** y usuarios , en cuanto refería el equilibrio de las contraprestaciones; hoy en el texto refundido, se refiere al equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes); aquella que negaba en todo caso la posibilidad de control de contenido y finalmente, en tercer lugar, aquellas que determinaban que era posible cuando se trataba de aspectos accesorios del objeto principal del contrato.

Y aquí el Tribunal, tras destacar que el acento no ha de ponerse en el carácter accesorio del elemento esencial del contrato, pues como aclara siquiera en el préstamo lo es el precio, la distinción relevante ha de efectuarse de las cláusulas que delimitan el objeto principal. Y en este sentido la cláusula suelo delimita el objeto principal del contrato.

El control de contenido que aquí se examina no reabre la cuestión sobre este particular. El control de abusividad no se extiende, en principio sobre el objeto principal del contrato. Precio/ producto/ servicio. Lo que señala (a doctrina jurisprudencial plasmada en esta importante Sentencia es que cabe dicho control de contenido si las cláusulas o estipulaciones aunque afecten al objeto principal del contrato no son transparentes.

Y ello no lo afirma el Tribunal Supremo porque de un giro en su doctrina, como parece exponer la recurrente, sino en todo caso precisa, en cuanto al pronunciamiento de su anterior Sentencia de 18 de junio de dos mil doce



y a la par de aquellas otras en las que se deducía la procedencia del control de contenido, que la posibilidad de control de dichas cláusulas lo ha de ser desde la óptica del control de transparencia.

Requisito de transparencia, configurado de modo antecedente por la doctrina y jurisprudencia alemana de la Transparenzgebot y ligado pues al control de contenido. Y que, igualmente, es objeto de pronunciamiento en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El requisito de transparencia en materia de consumo viene, en primer lugar, requerido en la directiva de consumo, pues el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores** (Directiva 13/1993) no transpuesto al ordenamiento español, señala, "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Por lo que, la norma, interpretada a sensu contrario, implica que las cláusulas atinentes a la definición del objeto principal del contrato pueden ser declaradas abusivas si no se sujetan a una redacción transparente.

Sentado lo expuesto, para determinar si procede el control de contenido de dicha cláusula es preciso examinar si puede entenderse clara o transparente. Y aquí residen las argumentaciones relativas a los filtros de transparencia, que refiere la doctrina jurisprudencial plasmada en dicha Sentencia de Pleno. Doctrina que, por otra parte, ya había expuesto en anteriores Sentencias como la del 17 de junio de dos mil diez y 1 de julio de dos mil diez .

Incidiremos aquí, de forma breve, en el control de dicha transparencia y su no identificación con la existencia de algún vicio en la formación de la voluntad contractual o defecto de consentimiento, en cuanto ello ha de resultar imprescindible en el análisis de las pretensiones que se someten en el presente recurso.

También que la cuestión no reside en la no superación de los requisitos de incorporación o inclusión en el contrato, ya que de entenderlo así la cláusula siquiera podría entenderse forma parte de lo estipulado.

Por ello, en primer lugar, el Tribunal refiere los requisitos de incorporación al contrato de una cláusula predispuesta. Es decir una condición general para formar parte del contrato ha de ser aceptada por el adherente, y para ser aceptada ha de ser conocida, y para entenderse conocida, y en suma, consentida, ha de ser clara, no ambigua ni oscura, es decir redactarse de una forma clara y transparente Art. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación). Y ello es lo que se denomina con frecuencia primer filtro o primer nivel. Si la cláusula o condición no es clara no puede ser aceptada en sus términos, y en consecuencia, no se supera el requisito de incorporación al contrato.

En aquellas cláusulas sometidas a análisis se partió de la superación de este filtro de inclusión. La cláusula suelo obra incorporada al contrato, ha sido en principio firmado y aceptado por el adherente y a su vez no puede decirse sea ilegible o ambigua.

Y en tal apelación a su claridad, incide la entidad bancada recurrente, en orden a afirmar que se cumplió el requisito de transparencia.

Pero, en la transparencia mínima para la incorporación no se agotan los requisitos de transparencia exigibles en materia de consumo. Este pronunciamiento de la precitada Sentencia no deja de ser relevante en varios puntos fundamentales:

A-Control de transparencia en sede de consumo.

El primero, porque, entre las posiciones doctrinales sobre los requisitos de transparencia, la doctrina fijada por la Sentencia de Pleno parece apartarse de la configuración de la exigencia de dicho plus de transparencia como parte del contenido de inclusión, y en aplicación de la ley de condiciones generales de la contratación. Y ello no solo es relevante a los efectos de ponderar su extensión a la contratación por empresarios, o dicho de otra manera aquella a la que no alcance las extensiones, que puedan estimarse procedentes, del ámbito subjetivo de aplicación de la norma de consumo; sino en cuanto a la relevancia esencial que dicho pronunciamiento tiene en sus efectos. Si hablásemos de no inclusión, reiteramos, la cláusula no forma parte del contenido del contrato. Si hablamos de falta de transparencia en sede de la tutela de consumo y de abusividad por falta de transparencia, se plantean la cuestión en cuanto a sus efectos, en los correspondientes la ineficacia funcional que la purga de dicha cláusula supone. Y en esté sentido se insiste, al margen de toda valoración de supuestos de ineficacia estructural o vicio del consentimiento.

B- Control de transparencia en nuestro derecho interno.

En segundo lugar, es relevante, porque se determina el encaje de dicho requisito en nuestro derecho interno.



El requisito de transparencia, se produce, no solo porque lo disponga el Art. 4.2 de la directiva, sino como recuerda el Tribunal Supremo, porque la directiva es una directiva de mínimos, y en nada opone que el derecho interno ofrezca un mayor grado de protección al **consumidor** (De ahí la cita la Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 , Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, que en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, el Tribunal de Justicia respondió que el Estado podía otorgar una protección mayor que la prevista en la Directiva 93/13)

De esta forma, fijando doctrina jurisprudencial, el Tribunal refiere la exigencia de un plus de exigibilidad en orden a la transparencia en materia de consumo, con cita en lo dispuesto en el Art 80 del texto refundido, en cuanto a los requisitos de 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" , y que alcanzan a la comprensión de la carga económica del contrato. Y dicha comprensión no se satisface con el cumplimiento de la información requerida por la normativa sectorial.

Añadimos aquí, como apunta la propia Sentencia el deber de información precontractual que conforme al Art. 60 del texto refundido antes citado, corresponde al empresario, en este caso a la entidad bancaria, información precontractual que ha de alcanzar a la comprensión de la carga económica del contrato, en su suscripción y durante la ejecución. Por ello se habla de la información sobre los posibles escenarios de evolución de los tipos de interés y en términos comprensibles y claros. En otras palabras, el requisito de transparencia no se cumple sino cuando el **consumidor** puede prever a partir del contrato las consecuencias económicas que le generará. (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , Kásier y Kásierné Rábal).

Lo que viene siendo práctica habitual en sectores como el bancario, donde los contratos se incardinan con páginas y páginas de referencias y condicionados, una abundancia de información y referencias a un clausulado complejo, lejos de definir la claridad precisa para el entendimiento de lo que contrata un **consumidor** medio, la dificulta sobremedida, y no le permite sintetizar lo que es esencial para entender que la información y transparencia alcanzó un nivel satisfactorio, es decir, un grado mínimo de comprensibilidad.

Corresponde a la entidad bancaria la carga de probar que dicha información se produjo. En el presente caso no solo dicha prueba no concurre en cuanto a la información precontractual plena y comprensible, sino que el propio contenido del contrato no se revela claro a los efectos de dotar a la cláusula debatida de la plena comprensibilidad requerida en la comprensión de la carga económica del contrato, Procede, pues, ratificar los adecuados razonamientos de la Sentencia apelada en este particular, en el análisis de la estipulación, incardinada en la cláusula tercera bajo denominada "tipo de interés variable", cuando en realidad se establece un tipo fijo y se entremezcla con datos relativos al interés de referencia y sus sustitutos, dificultando su identificación, por mucho que se destaque en negrita y la comprensión de sus efectos, al no constar acreditado que se hicieran simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés. No basta como prueba de dicho deber de información las apelaciones a que mediaron varias reuniones previas a la suscripción del contrato, al grado adecuado de información que se afirma por la propia entidad prestan sus empleados o a la profesión del **consumidor** contratante, pues una determinada profesión ajena al campo financiero no le presume especiales conocimientos en la materia.

La cuestión no reside, por mucho que algún sector de la doctrina encontrase atractivo fundar sus críticas a la Resolución del Alto Tribunal en este particular, en que dicha Sentencia, que obviamente no lo hace, exija una suerte de conducta adivinatoria para la entidad bancaria en orden a la evolución de los tipos de interés. Contrariamente, este análisis reside en un mínimo previsible, a fin de que una cláusula sea comprensible, en todos sus efectos y consecuencias posibles o previsibles. Se trata, pues, del requisito de unos mínimos estándares de información en lo que era previsible, en orden al sentido y consecuencias de dicha cláusula en cuanto a la carga económica del contrato. Pues, se reitera, y así lo dispone la propia obligación de transparencia que dimana de la Directiva Comunitaria, su interpretación conforme a la doctrina del TJUE; nuestra normativa de consumo y el desarrollo jurisprudencial al respecto de este requisito de transparencia, que en materia de contratación con **consumidores** las exigencias de transparencia requieren una información que ha de alcanzar la comprensión de la carga económica del contrato. El propio artículo 60 del texto refundido refiere la exigencia de una información "relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas"

C- Control de transparencia ligado al Control de contenido,

En tercer lugar, porque al no conceptuarse como requisito de inclusión cualificado, no basta que la cláusula no supere dicho control de transparencia, sino será preciso, para determinar su ineficacia, el control de contenido, en cuanto suponga un perjuicio para el **consumidor** adherente. Una cláusula no transparente puede no ser abusiva ni perjudicial para el **consumidor**.



CUARTO- Pretende reabrir la entidad bancaria recurrente la discusión sobre si la cláusula suelo aquí examinada es una condición general de la contratación o no.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 1 de la Ley de condiciones generales de la contratación, es una condición general, en cuanto responde a la definición que textualmente recoge, independientemente de la apariencia externa: Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

La cuestión planteada, en todo caso, no impide la tutela de consumo afecta a todas las cláusulas no negociadas individualmente sean o no condiciones generales A efectos de tutela de consumo, dicho control afecta a las cláusulas contractuales pre- redactadas, sean condiciones generales o particulares, no sujetas a la LCGC (Sentencia TS de 18 de Junio de dos mil doce , Sentencia de 9 de mayo de dos mil trece).

Son cláusulas Pre-redactadas o redactadas por el empresario sin negociación individual aquellas que no son negociadas individualmente, de forma, de forma que el **consumidor** solo puede adherirse o aceptar/ no aceptar su contenido completo. La prueba de que una cláusula es negociada individualmente corresponde al empresario (Art. 82 del texto refundido 1/07)

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 (STS de nueve de mayo de dos mil trece , entre otras).

QUINTO- La ausencia de respeto del deber de transparencia ha de conectarse, conforme se ha reiterado, con el control de contenido, porque la falta de transparencia no determina automáticamente la sanción de ineficacia de dicha cláusula, sino que la ineficacia vendrá dada si la falta de transparencia se entiende instrumental a un posible perjuicio del **consumidor**.

Por ello lo que se debe ponderar aquí, a la hora de delimitar la ineficacia de la cláusula no transparente, es que la misma haya servido justamente para que el **consumidor** sufra un perjuicio. Si hemos entendido que el **consumidor** no ha podido comprender la carga económica del contrato en toda su dimensión, sufre un perjuicio derivado de la aplicación del suelo. Así se constata que se produce, en términos de lo dispuesto en la cláusula general del Art. 82 del Texto refundido de la ley general para la defensa de **consumidores** y usuarios un "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato". En este caso referido no a la desproporción de los aspectos normativos del contrato, sino a la asignación de los riesgos económicos del contrato. Así razonaba textualmente el Tribunal Supremo, con argumentos que son igualmente aquí aplicables que "Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del **consumidor** de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza".

Por lo expuesto, y ratificando los adecuados razonamientos de la Sentencia recurrida en este particular, no se comparten los argumentos del recurrente en orden a la ausencia de perjuicio al **consumidor**, que en ocasiones inciden en la proporcionalidad del interés fijado o su adecuación en el mercado, pues la cuestión no es que tal cláusula delimite del interés estipulado de una forma más o menos justa, sino que el **consumidor** se ve perjudicado por dicha cláusula que no pudo comprender en su integridad, al entrar en juego dicha limitación, ya previsible por el empresario y en cobertura de sus riesgos.

Procede, pues, desestimar el recurso de apelación formulado por la entidad bancaria Unicaja.

SEXTO- Resta entrar en el análisis de la compleja cuestión relativa a la pretensión de condena al reintegro de las cantidades percibidas en virtud de la aplicación de la cláusula abusiva por falta de transparencia.

Son conocidos los argumentos contenidos en la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo sobre la irretroactividad de los efectos de la nulidad acogida en la acción colectiva que se ejercitaba. Son igualmente conocidas las críticas que desde muchos sectores de la doctrina se realizaron sobre dicho pronunciamiento, en cuanto a los efectos retroactivos propios de la sanción de nulidad (Art. 1303 del código civil), la improcedencia de la modulación de la retroacción en supuestos de contratos de tracto único y no de tracto sucesivo, la calificada de "improcedente" apelación a la buena fe o al orden público económico.



De igual forma, el pronunciamiento del Tribunal no parece haber clarificado las posiciones en las resoluciones de las Audiencias Provinciales sobre los efectos que la nulidad por abusividad por falta de transparencia de dichas cláusulas habría que tener sobre aquellos ya consumados; es decir sobre el efecto devolutivo o restitutivo de las cantidades que se hubieran abonado por aplicación de dicha cláusula. Es así que mientras muchas Audiencias Provinciales estiman ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial fijada sin que quepa plantearse posibles efectos retroactivos en el caso concreto, otras entienden que dicha doctrina no es de aplicación predicable a las acciones individuales y en consecuencia entienden procede aplicar, sin ser planteable su modulación, la retroacción conforme dispone el Art. 1303 del código civil . (Entre numerosas, en apoyo de la primera tesis Civil; Sentencia Audiencia Provincial de Ourense, SAP, Civil sección 1 del 28 de julio de 2014 (ROJ: SAP OU 377/2014); Sentencia: 319/2014 | Recurso: 393/2013 ;SAP, Civil sección 1 del 24 de julio de 2014 (ROJ: SAP PO 1738/2014) Sentencia: 283/2014 | Recurso: 346/2014 ; Sentencia Audiencia Provincial de Pontevedra, SAP, Civil sección 1 del 24 de julio de 2014 (ROJ: SAP PO 1740/2014) Sentencia: 286/2014 | Recurso: 390/2014 ; Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza; SAP, Civil sección 4 del 07 de julio de 2014 (ROJ: SAP Z 1358/2014); Sentencia: 201/2014 | Recurso: 147/2014 ; Sentencia Audiencia Provincial de Almería SAP, Civil sección 2 del 30 de junio de 2014 (ROJ: SAP AL 423/2014) Sentencia: 178/2014 | Recurso: 249/2013 | Ponente: JUAN RUIZ-RICO RUIZ-MORON; Sentencia Audiencia Provincial de Córdoba SAP Córdoba de 31 de octubre de 2013 . En apoyo de la segunda posición, entre otras Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 12-03-2014; Sentencia Audiencia Provincial de Jaén , entre otras, de 27 de junio de dos mil catorce, ROJ: SAP J 665/2014 N° Sentencia: 284/2014 N° Recurso: 470/2014 Secc: 1.

No corresponde a esta Audiencia realizar un estudio de los artículos y exposiciones doctrinales al respecto, sino resolver conforme a derecho el caso concreto sometido a enjuiciamiento. Sin embargo no puede obviarse que tal resolución del supuesto concreto requiere como precedente el estudio de la naturaleza de la ineficacia derivada de la declaración de abusividad y en definitiva del efecto retroactivo o devolutivo sobre las cantidades que en su día se abonaron en exceso si dicha cláusula no existiera.

En dicho análisis, ciertamente, ha de partirse de la doctrina jurisprudencial fijada en la referida Sentencia de Pleno, ya no tanto en los predicados efectos de la acción de cesación colectiva y hacia el futuro, como en lo que en el análisis de la irretroactividad allí predicada, se determina del concepto y efectos de la ineficacia no estructural que determina el control de abusividad por falta de transparencia.

Quedan, pues, al margen de estos pronunciamientos aquellos casos en los que no se entienda superado el filtro de incorporación; o aquellos en los que se sustentase o apreciase una nulidad estructural por vicio del consentimiento, acción aquí ni deducida, ni planteada.

Decir que la nulidad en supuesto de condiciones generales no transparentes y abusivas no admite otra sanción que la restitución de sus efectos (En este caso, debido a la unilateralidad del préstamo, únicamente relativos a aquellas cantidades cobradas en exceso por aplicación de dicho suelo), sin que quepa ninguna modulación sobre dicha regla de retroactividad que se proclama nos solo como regla general, sino como absoluta, al amparo de lo dispuesto en el Art. 1303 del código civil , sería como ignorar la doctrina jurisprudencial que implica la Sentencia de pleno dictada en su día.

No corresponde a este Tribunal realizar, se reitera, una tesis o planteamiento sobre sí a efectos dialécticos entiende que la retroacción es una regla absoluta o general, en supuestos de sanción de nulidad de cláusulas abusivas por falta de transparencia.

La doctrina jurisprudencial fijada incide en la posibilidad de modular dicha retroactividad en supuestos concretos y con arreglo a los parámetros que expone. Se justifica en aquella Sentencia tal posibilidad apelando implícitamente a la naturaleza de la sanción (la nulidad por abusividad no es una nulidad por causa estructural), o como se ha explicado con posterioridad a dicha Sentencia en algún estudio doctrinal, diferenciándose de la nulidad radical por vicios estructurales (y ello pese a su carácter de nulidad de pleno derecho que propugna el anterior y el vigente texto del Art. 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios); y del mismo modo, dada ya vigencia del contrato sin la cláusula declarada nula, en su proyección sobre los efectos consumados. Es decir desde opción, a favor de la conservación del negocio, en mantener el contrato sin la cláusula que delimita el objeto principal, y por ello en cuanto a los hechos ya consumados en orden a establecerse modulaciones a la regla general de retroacción.

Nuestro derecho establece como regla general la retroactividad, también para supuestos de ineficacia sobrevenida o funcional (supuestos de resolución por ejemplo), no es algo controvertido. Y ello se reconoce en la propia doctrina plasmada en la Sentencia de Pleno. Sin embargo, no es ajeno al mismo establecer modulaciones a dicha regla general, en cuanto a los efectos consumados. De ahí las citas de la cuestionada sentencia a diferentes preceptos legales, en los que se predica tal modulación. El fundamento de la misma,



por otra parte, ni es exclusivo de los negocios jurídicos de tracto sucesivo, ni existen parámetros en ellos no proyectables a aquellos de tracto único y ejecución diferida.

Es igualmente cierto, y no deja de ser una consideración de cierta relevancia que el Art. 83 en su texto vigente no refiere la posibilidad de integración del contrato conforme al Art. 1258 del código civil, habiéndose suprimido justamente dicha referencia, unida a la moderación (que contrariamente se mantiene en los arts. 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) en la última reforma legal. La exposición de motivos de la reforma operada por ley 3/2014 señala textualmente: "El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los **consumidores**, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios."

Esta modificación legal justifica el planteamiento de dudas, en la Doctrina, sobre si tal reforma implica negar toda posibilidad de integración, incluida aquella que en operatividad del principio de conservación del contrato determinase precisa dicha integración para que el contrato subsistiese anulada una determinada cláusula, o que fueran predicable un determinado efecto, con la aplicación de una norma supletoria en defecto de pacto.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13, Kásler y Káslerné Rábal) afirma, contrariamente, que el artículo 6.1 de la Directiva sobre cláusulas abusivas no se opone a una normativa nacional que permite al juez salvar la validez de un contrato que no podría subsistir sin las cláusulas abusivas mediante la integración del mismo con una norma supletoria de Derecho nacional. Tal afirmación obliga a plantearse si existe hoy en el derecho nacional tal posibilidad, atendida a la supresión de toda referencia en el Art. 83 hoy vigente.

En un primer análisis de la cuestión, entiende esta Sala que la eliminación de tal referencia no implica el cierre de la suerte de tal integración por operatividad de lo dispuesto en el Art. 1258 del código civil y 65 del texto refundido del TRLGDCYU, pues si no contrariamente, la consecuencia pudiera incluso entenderse muy perjudicial para los **consumidores**. Sin embargo las referencias a la integración, han de ser matizadas o precisadas, en el sentido de que en ningún caso, tal integración pueda implicar la moderación, ni modificación de la cláusula nula que ha de tenerse por no puesta.

Sin embargo, no se trata, de un supuesto de integración de la cláusula en sí, ya que el contrato puede subsistir - y así se ha determinado- sin la cláusula nula que se tiene por no puesta. Se trata, pues, de determinar o ponderar los efectos de la sanción de nulidad sobre lo ya consumado; es decir, los pagos ya realizados. Y en este sentido han de entenderse las referencias que a la interpretación integradora se realizan y parten de que el control se proyecta sobre la posible ineficacia funcional de la cláusula integrada en el marco de la relación contractual desplegada.

SÉPTIMO- Afirmando la doctrina jurisprudencial que la regla general de restitución integra admite modulaciones en estos supuestos que implican una suerte de ineficacia funcional, procede estudiar, entonces, en cada caso concreto, si ha de acogerse o no esta ponderación de tales efectos.

Entendemos que, como aciertan aquellas resoluciones que parten de la posibilidad de modular los efectos retroactivos conforme a la Sentencia del Pleno, también aciertan aquellas que diferencian entre aquella acción colectiva allí examinada y las acciones individuales de nulidad que son ejercitadas y que responden al análisis de cada caso concreto. Aquellos parámetros de ponderación que determinaban la no proclamación de una retroactividad a la declaración de nulidad resultante de la estimación de la acción colectiva, no son extrapolables sin más a cada caso particular y concreto que se examine, sino contrariamente ha de ser en el análisis de los supuestos concretos en los que se determine si procede o no la restitución de todas las cantidades ya abonadas. Tampoco la totalidad de los parámetros allí contemplados son extrapolables a las acciones de nulidad que ejerciten los particulares en cada caso concreto.

Viene a colación recordar aquí toda una serie de pronunciamientos en las Resoluciones de las Audiencias Provinciales, que incidían en este particular. Y ello al margen de que las referencias al orden público económico, argumento que no ha dejado ser atractivo en los estudios doctrinales que ha motivado la tan citada Sentencia del Pleno, lo sea en virtud de adecuar los efectos del contrato, conforme dispone de modo general el Art. 1258 del código civil.

Los parámetros allí considerados lo son, en numerosas en abstracto- no se ejercen acciones individuales sobre supuestos de recobro concreto que han de ser examinados- ni con ello se justifica que se entienda que la sanción de nulidad de pleno derecho por cláusula abusiva determine automáticamente la regla de la irretroactividad.

La regla general aplicable en nuestro derecho es la retroactividad, y lo que realmente se viene a afirmar es que en estos supuestos, a diferencia de las nulidades radicales estructurales, cabrían modulaciones sobre tal regla, determinándose su irretroactividad los efectos consumados.

Si bien esta Sala entiende que esta es la interpretación que ha de darse, no ignora que dicha cuestión siquiera es pacífica, en cuanto existen pronunciamientos de Audiencias Provinciales que entienden justamente lo contrario; es decir que se ha de aplicar como regla general la irretroactividad a todas las acciones que se ejerciten, y que en su caso, corresponderá probar, en el caso concreto, lo contrario, es decir la procedencia de la retroacción sobre los efectos ya consumados (SAP, Civil sección 1 del 09 de abril de 2014 (ROJ: SAP PO 446/2014) Sentencia: 131/2014 | Recurso: 83/2014).

Sin embargo, en el parecer de esta Audiencia, se reitera, tal tesis supondría en si invertir las reglas de las consecuencias de la sanción de nulidad. En principio, y conforme se dispone legalmente, de modo general en el Art. 1303 del código civil , no es sino la restitución íntegra; si bien en ciertos supuestos quepa, pues, modular los efectos retroactivos proclamando incluso su retroactividad, (resoluciones, rescisiones, y con un paso más allá por doctrina fijada en la Sentencia del pleno en supuestos de nulidad de pleno derecho de una cláusula abusiva por falta de transparencia, al menos cuando se determina su eliminación con conservación del contrato). Pero ello ha de realizarse en el examen del caso concreto.

Centrándonos en el análisis, pues, se parte, sin perjuicio de la motivación que a continuación se realizará, de una serie de conclusiones:

- a- La regla general aplicable es la retroactividad o la restitución íntegra de lo devengado en virtud de la cláusula nula,
- b- Dicha regla, conforme determina la doctrina jurisprudencial, admite modulaciones en supuestos de ineficacia funcional de la cláusula abusiva por falta de transparencia.
- c- Los parámetros en los que se asiente dicha modulación han de ser constatados o acreditados en el caso concreto,
- d- La carga de la prueba de su concurrencia corresponde al empresario y no al **consumidor**.

En primer lugar, entender que dentro de los parámetros extrapolabas al contrato particular que aquí nos ocupa, procede recordar que uno de los clásicos fundamentos de la modulación que implicaba la excepción de irretroactividad, lo era el mantenimiento de los efectos ya consumados, en cuanto la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contra prestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto. En este sentido un claro ejemplo se determina en el preciso equilibrio entre las prestaciones recíprocas y de tracto sucesivo cuya resolución se determine (STS de fecha 15 de julio de dos mil dos , entre numerosas).

Tal premisa, no implica no quepa modulación en otros supuestos. La referencia a la finalidad de evitar el enriquecimiento injusto que derivase de tal nulidad y en consecuencia la limitación de su automatismo en supuestos, que dicha consecuencia se entienda no se derive, no tiene porque predicarse exclusivamente sobre la ausencia de liquidación de aquellas ya consumadas en contratos de tracto sucesivo, sino que dicha ponderación, en principio puede alcanzar a contratos como el presente de ejecución diferida, máxime cuando se determina la subsistencia a favor del principio de conservación del negocio sin la cláusula delimitadora del objeto principal del contrato.

En el particular relativo a la posibilidad de esta limitación, señala el Tribunal Supremo que "también esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya 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, RC 675/2009).

En otras palabras, el propio Tribunal Supremo, considera, como parámetro, entre otros, en el que sustenta la irretroactividad que: "- 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; 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." (apartado 293, h e l).

A tenor de la doctrina jurisprudencial fijada, dicho aspecto corrector o modulador de la retroactividad de la restitución admitiría igualmente precisiones, desde el ámbito de la buena fe contractual. No es dable la tutela de quien mantiene la improcedencia de dicha restitución y puede imputársele mala fe. De hecho, de forma análoga, el poseedor de mala fe ha de restituir los frutos (Art. 455 del código civil). Y a la par, y en sentido contrario, admitiría precisiones en orden a la aquiescencia o actos propios y consumados.

Dicho de esta manera, se parte de que la regla general de retroactividad puede moderarse en estos supuestos. Pero, en todo caso, la moderación ha de responder a parámetros aplicables al supuesto concreto, en cuanto al reparto y equilibrio de las contraprestaciones ya consumadas, desde la óptica de la buena fe contractual.

Si bien la buena fe se presume, en materia de consumo, la tutela del **consumidor** implica la exigencia de una mayor diligencia por el empresario, de forma que las exigencias de información de los riesgos han de ser suficientemente proyectadas, de forma que hemos de considerar no diligente aquella conducta del banco en la que ni siquiera no se observe las exigencias de información mínimas exigidas por la normativa sectorial, parámetro que a sensu contrario se expresa, para justificar la irretroactividad en la Sentencia de Pleno. (Apartado 293.g).

En tercer lugar, y en cuanto a la aquiescencia del **consumidor**, es necesario precisar que no puede derivarse la misma de la aceptación o realización de los pagos de las cuotas del préstamo así determinados, pues la propia situación de inferioridad en la que se encuentra el mismo no le otorga más opción que aceptar un condicionado prerredactado para que se le otorgue el préstamo, o en su caso, abonar las cuotas so pena de ejecución en su contra con reclamación del principal objeto del préstamo, máxime atendiendo al ordinario pacto de vencimiento anticipado. Por ello los pagos no implican aquiescencia ni pueden, en contra de la precisa tutela del **consumidor**, determinar la aplicación de la doctrina de los actos propios.

OCTAVO- Esta Audiencia en pleno no jurisdiccional de fecha 26 de septiembre de dos mil catorce acordó por unanimidad "reconocer el efecto devolutivo de las cantidades percibidas indebidamente", y ello porque entiende que el principio del que ha de partirse, ante la sanción de nulidad, es de la regla general de retroactividad, Y partiendo de lo expuesto, ponderar, en cada caso concreto, si procede o no la modulación de tai efecto conforme establece la doctrina jurisprudencia! antes expuesta.

Ello quiere decir que aún partiendo que no pueda predicarse con automatismo el efecto restitutivo, corresponde a quien opone la irretroactividad, acreditar la concurrencia de aquellos parámetros que determinasen la modulación de tales efectos retroactivos; sin que pueda recaer dicha carga de la prueba sobre el **consumidor**.

En cuanto a la limitación a las situaciones de enriquecimiento, fundamento esencial de la modulación de la restitución, ha de acreditarse que, en el supuesto concreto, no se ha procedido a una percepción o cobro indebido a costa del **consumidor**, sino que en la ejecución diferida del contrato y en cuanto a los pagos consumados, se encuentra un cierto equilibrio al considerar la finalidad de la cláusula, en orden a las cuotas que se han abonado y que en caso de no existir no se hubieran de abonar. Para ello, y en el examen del caso concreto, no basta acudir a apelaciones generales sobre la licitud de las cláusulas suelo o su finalidad; sino constatar en el caso concreto que no existe tal percepción indebida, en parámetros de enriquecimiento a costa de la nulidad, Y en este sentido no se ha desplegado prueba concreta al respecto por la entidad bancada que se opone a la restitución.

Las exigencias de la buena fe han de determinarse desde una doble perspectiva. La primera desde la concepción de que la buena fe es incompatible con el conocimiento de cobro indebido por la dudosa aplicabilidad de una cláusula, En segundo lugar, en el despliegue, de los efectos del contrato, en cuanto a las exigencias de la diligencia debida al empresario en materia de contratación con **consumidores**.

Por ello, en principio, pudiéramos ya determinar que la interposición de la demanda, o la intimación extraprocésal si mediara previa a la misma, en la que el **consumidor** reclama la exclusión de dicha cláusula no transparente, supone ya de por sí la quiebra de la buena fe, Y ello, al menos, y a salvo se concluya dicho conocimiento en un estadio anterior.

Pero en tal conocimiento no se agota el deber de buena fe, en cuanto debe estar presente en la formación del contrato, su conclusión y en el despliegue de sus efectos.

Del mismo modo la buena fe ha de entenderse ligada al cumplimiento de la diligencia debida mínima y exigible. En este sentido, la diligencia exigida a la entidad bancaria implica que al menos, desde el parámetro de la buena fe, entendamos debida la acreditación de unos mínimos de información que, aunque no superen el estándar requerido por la tutela de consumo, sí pudieran hacer creer a la entidad bancaria que cumplía mínimamente



con la información debida. En este sentido el Art. 65 del texto refundido de la ley general para la defensa de **consumidores** y usuarios, señala textualmente "Los contratos con los **consumidores** y usuarios se integrarán, en beneficio del **consumidor**, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante."

Al menos debe constatarse el cumplimiento de un requisito de mínima información precontractual. Y en este sentido tampoco la entidad bancaria realiza prueba al respecto.

Por lo expuesto, ni desde la óptica de la improcedencia de limitación de situaciones que no son de enriquecimiento, como desde la óptica de la buena fe y mínima diligencia exigible al empresario, no podemos entender que en este supuesto concreto se haya acreditado la concurrencia de parámetros que determinen la modulación de la regla general de retroactividad, y en consecuencia procede estimar el recurso interpuesto por el **consumidor** recurrente.

NOVENO- Ha de estimarse pues el recurso interpuesto por la parte demandante, sin que la pretensión de que se le devuelva lo cobrado en exceso a determinar en ejecución de sentencia constituya infracción de lo dispuesto en el Art. 219 de la LEC, en cuanto a la proscripción de sentencias con reserva de liquidación. Se hace preciso concretar el importe, sino conforme a los parámetros y bases que igualmente se incardinan en la petición de la demandante, resultando preciso realizar dicho recálculo.

DÉCIMO- La inexistencia de una resolución de esta Audiencia concreta sobre el particular relativo al efecto devolutivo o restitutivo; la existencia de diferentes pronunciamientos de las Audiencias Provinciales sobre este particular, hacen entender concurren dudas de derecho que justificaron la contestación y oposición a este particular de la entidad bancada y que justifican, conforme a lo dispuesto en el Art. 394 de la LEC, el mantenimiento de la ausencia de imposición de las costas de Primera Instancia a ninguna de las partes.

Contrariamente, fijada doctrina legal en la Sentencia de Pleno, anterior a la demanda, no estimamos concorra duda alguna que justifique el apartamiento del régimen de vencimiento en cuanto al recurso de apelación de la entidad bancaria, que se desestima, imponiéndole las costas a dicha entidad recurrente(Art. 398 de la LEC).

Estimándose el recurso de la parte demandante, no procede efectuar especial declaración sobre las costas correspondientes al mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

La Sala por unanimidad, ACUERDA:

Se estima el recurso de apelación interpuesto por Dña. Sagrario y D. Jose Carlos, representados por la Procuradora Sra. Mohíno Roldan y asistidos del Letrado Sr. Sánchez Palacios contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción y de lo Mercantil núm. 4 de Ciudad Real, de fecha 28.02.14, en autos de Procedimiento Ordinario 302/13.

Se desestima el recurso interpuesto por UNICAJA BANCO SAU, representado por la Procuradora Sra. Lozano Adame y asistido por la Letrada Sra. Jiménez Miranda.

En consecuencia, se revoca dicha Resolución en el particular de condenar a la entidad bancaria UNICAJA a restituir a los actores las cantidades cobradas indebidamente que se determinen en ejecución de Sentencia por la aplicación de la cláusula suelo y ello sobre la base de la diferencia que se ha cobrado en exceso conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más 0,50 centésimas porcentuales.

Se confirman el resto de pronunciamientos de la Resolución recurrida.

No se realiza especial declaración sobre las costas correspondientes al recurso de la parte demandante y que se estima. Se imponen a UNICAJA las costas correspondientes a su recurso.

La desestimación del recurso de apelación determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 15ª, apartado 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para implantación de la nueva oficina judicial.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer ante este Tribunal Recurso de Casación del artículo 477.2.3º de la LEC y o extraordinario de infracción procesal, dentro del plazo de VEINTE días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla. Previa o simultáneamente a la presentación del recurso, deberá constituirse depósito por importe de 50 euros



(CINCUENTA EUROS), cantidad que deberá ser ingresada en la Cuenta de Consignaciones de este órgano judicial 1376-0000-06 (casación) y 04 (infracción procesal)-00XX(número de rollo)-XX(año).

Igualmente a la interposición del recurso deberá el recurrente presentar justificante de pago de la TASA correspondiente, con arreglo al modelo oficial y debidamente validado, conforme determina el artículo 8.2, de la Ley 10/2012 de 20 de noviembre, que regula determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia.

Y una vez firme, devuélvase los autos originales con testimonio de ella al Juzgado de procedencia a sus efectos,

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ