



Roj: **SAP B 3210/2015 - ECLI:ES:APB:2015:3210**

Id Cendoj: **08019370152015100101**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **20/05/2015**

Nº de Recurso: **231/2014**

Nº de Resolución: **129/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ELENA BOET SERRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 231/2014 - 1ª

Juicio Ordinario núm. 244/2013

Juzgado Mercantil núm. 10 Barcelona

SENTENCIA núm. 129 / 2015

Ilustrísimos Señores Magistrados:

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN

D. JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

Dª. ELENA BOET SERRA

En la ciudad de Barcelona, a 20 de mayo de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 10 de esta localidad, por virtud de demanda de D. Jorge contra la entidad Caixabank, S.A. pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandada la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 18 de febrero de 2014.

Han comparecido en esta alzada la apelante Caixabank, S.A. representada por el procurador de los tribunales Sr. Javier Segura Zariquiey y defendido por el letrado Sr. Antonio Valmaña Cabanes, así como la demandada, en calidad de apelada, representada por la procuradora Sra. Esmeralda Olivares Alba y defendida por el letrado Sr. Abel Souto Zarzoso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: <<FALLO: *ESTIMO INTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Esmeralda Olivares Alba en nombre y representación de D. Jorge y dirigida contra Caixabank, S.A. y, en su virtud,*

DECLARO la nulidad de la cláusula de "suelo y techo" incluida en los contratos de novación de préstamo hipotecario y de préstamo hipotecario suscritos entre las partes, el 13 de febrero de 2009, dado su carácter abusivo.

CONDENO a la parte demandada Caixabank, S.A. a eliminar dicha cláusula de los referidos contratos.

CONDENO a la parte demandada Caixabank, S.A. a devolver al actor de D. Jorge las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la aplicación de la cláusula anulada, no solamente la parte de liquidación en exceso entre



4,50% y el 4,950% respecto a la cual se ha allanado la demandada, sino todas las cantidades indebidamente cobradas, por haber quedado anulada la cláusula en ambos contratos

CONDENO a la parte demandada Caixabank, S.A. al pago al actor de D. Jorge de los intereses legales moratorios sobre la citada cantidad, una vez determinada

IMPONGO las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada Caixabank, S.A.>>.

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada. Admitido a trámite se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito de oposición al recurso, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 25 de febrero de 2015.

Actúa como ponente la magistrada ELENA BOET SERRA.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- 1. El demandante, D. Jorge , invocando su condición de consumidor o usuario, pretendió en su demanda la declaración de nulidad de la condición general de la contratación conocida como "cláusula suelo y techo", contenida en dos contratos, uno de novación de préstamo hipotecario y otro de préstamo hipotecario -éste de importe 4.800 euros, suscrito para sufragar los gastos de la novación-, concertados en sendas escrituras públicas de fecha 13 de febrero de 2009, por considerarla abusiva de conformidad con el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* - en adelante, LCU-, la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre Condiciones Generales de la Contratación* -en adelante, LCGC- y los artículos 1256 y sigs. Código Civil . La demanda también contiene la pretensión de devolución de las cantidades abonadas en aplicación de la referida cláusula, más los intereses y las costas del procedimiento.

2. La sentencia de primera instancia concluye el carácter abusivo de la "cláusula suelo y techo" y condena a la devolución de las cantidades indebidamente pagadas, con base en la STJUE de 21 de marzo de 2013 y por considerar que la STS de 9 de mayo de 2012 no produce efectos de cosa juzgada.

3. La sentencia es recurrida por la demandada que se alza contra el pronunciamiento estimatorio de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula "suelo/techo" contra el pronunciamiento estimatorio de la devolución de cantidades y contra la condena en costas.

Con relación al pronunciamiento de nulidad de la cláusula suelo, alega la recurrente lo siguiente: (i) ha resultado acreditado en autos que el cliente fue informado previamente sobre la referida cláusula mediante la entrega de la oferta vinculante en la que constan los límites a la variación de tipos, la puesta a su disposición en la Notaría del borrador del contrato, la información del modo de operar de la cláusula ofrecida por el propio Notario al tiempo de la firma, como declara éste en la prueba testifical, y, además, esa misma cláusula ya constaba en el contrato de préstamo hipotecario anterior firmado por la actora y objeto de novación en el contrato de préstamo controvertido en el presente procedimiento; (ii) la claridad del clausulado que lo hacía perfectamente comprensible a un "ciudadano medio"; (iii) la cláusula no fue impuesta sino resultado de la negociación a petición de la actora, quien solicitó la novación del préstamo suscrito con anterioridad por la expresada, por el actor, dificultad para hacer frente al pago de las cuotas mensuales. Explica la demandada que el resultado de esa negociación fue la novación del contrato de préstamo pactándose una cuota rebajada durante un plazo de dos años y, a cambio, la fijación de unos límites "suelo" y "techo" más altos de los que existían en el anterior contrato de préstamo; y (iv) la cláusula no genera desequilibrio entre las partes.

Respecto al pronunciamiento condenatorio al reintegro de cantidades aduce que es contrario al criterio establecido en la STS de 9 de mayo de 2013 .

SEGUNDO.- 4. Son hechos incontrovertidos o acreditados en autos los siguientes: la condición de consumidor o usuario del prestatario-demandante; la suscripción de un contrato de novación del préstamo hipotecario suscrito en el año 2005 y un contrato de préstamo hipotecario suscrito para sufragar los gastos de la novación. Ambos contratos, suscritos con fecha 13 de febrero de 2009, contienen una idéntica cláusula de interés (cláusula cuarta, para el primero, y cláusula tercera, para el segundo) ordinario que establece un primer período a interés fijo y un segundo período a interés variable. Esa cláusula, de extenso contenido, contiene al final de la misma, y después de los apartados que llevan por título "Diferencial" y "Comunicaciones", un apartado con el título "Límite a la variación del tipo de interés" que tiene el siguiente tenor literal:

" Durante el período a interés variable, el interés a aplicar no podrá ser superior al establecido en el apartado 3.6 "Interés nominal máximo en las revisiones" señalado como tal en el Anexo I, ni inferior al establecido en el apartado 3.7 "Interés nominal mínimo en las revisiones " del mismo anexo.



El importe absoluto de los intereses devengados será el resultante de aplicar, en cada período de liquidación, la fórmula aritmética número 1 prevista en el Anexo II de esta escritura. Dicha fórmula será también aplicable para determinar la cuota de interés durante el período de carencia en su caso".

También los apartados titulados "período a interés fijo", "período a interés variable" y los restantes contenidos en la referida cláusula que lleva el título de "intereses ordinarios", remiten al anexo I, que se incorpora al final de la escritura pública, junto al anexo II relativo a las formulas aritméticas para el cálculo de los intereses. El referido anexo I, que consta de una sola hoja, contiene 6 apartados, identificándose el apartado 3 con la denominación "intereses ordinarios" y cuyos sub- apartados 5, 6 y 7, en la escritura de novación, rezan como sigue:

" 3.5. *Diferencial sobre referencia para el período a interés variable: mas 2 puntos*

3.6. *Interés nominal máximo en las revisiones: 15%*

3.7. *Interés nominal mínimo en las revisiones: 4,50 "*

El sub-apartado 3.5 y 3.7 del anexo I incorporado a la escritura de préstamo, establece un interés variable del "mas 2.5 puntos" y un interés nominal mínimo en las revisiones de 4.950%".

El contrato de préstamo suscrito en 2005, y novado por el contrato objeto del presente proceso, contenía una cláusula tercera titulada "intereses ordinarios" y una cláusula tercera bis bajo el título "Tipo de interés variable", que incluía el siguiente sub-apartado "d) *Tipo máximo y mínimo. Se establece que, desde la primera revisión de tipos de interés, en ningún caso, el tipo de interés será inferior al 3% ni superior al 14%*".

TERCERO.-5. La cuestión litigiosa ha de resolverse de acuerdo con los criterios sentados en la reciente sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013 (nº 1916/2013), y las más recientes de 8 de septiembre de 2014 (nº 464/2014), 24 de marzo de 2015 (nº 138/2015) y 25 de marzo de 2015 (nº 139/2015).

6. En términos generales, el Tribunal Supremo recuerda que el derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, pueden ser objeto de control por la vía de incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la LGCGC -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" - y 7 de la citada Ley -"n o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) *Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*" (fundamento 201).

7. Junto a ese primer control, el Tribunal Supremo añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, que incluye el control " *de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato*" (fundamento 215), que se deduce de lo dispuesto en el artículo 80.1 del TRLGDCU, por el que los " *contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberá cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*" . La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 consideró que las cláusulas impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplían con las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 de la LGDC, pero no así las específicas de los contratos con los consumidores, todo ello de acuerdo con las consideraciones que recoge en los fundamentos 217 a 225.

8. Como hemos dicho en sentencia de 12 de noviembre de 2014 (Rollo 410/2013), cuyas consideraciones reiteramos en esta resolución, el fundamento del control de transparencia se sitúa por la jurisprudencia en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 , que admite el control de abusividad de una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato (excluidas en todo caso las relativas a la adecuación entre el precio y retribución, de una parte, y los bienes o servicios, de otra, que sirven de contrapartida).

Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo (STJUE 30 de abril de 2014 , apartado 73, y STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11 , apartado 49).

9. En consecuencia, la exigencia de transparencia, tal y como ha sido entendida por el TJUE y por nuestro TS, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, y debe centrarse, además de en el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y



lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las mismas y en los nexos que puedan tener con otras del contrato.

Como se afirma en el voto particular que acompaña a la STS de 8 de septiembre de 2014, resumiendo con claridad la doctrina del TS sobre el particular, el control de transparencia supone a la postre la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario a partir de la información que aquel le proporcionó.

Por esa razón el control de transparencia está relacionado no solo con el artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, que regula los requisitos de inclusión, sino que también lo está con el artículo 82 del propio texto legal, que regula el control de contenido o abusividad.

La justificación del control de contenido por la falta de transparencia de la cláusula relativa a un elemento esencial del contrato procede del perjuicio que de la misma se puede derivar para el consumidor a consecuencia de la alteración de la onerosidad o carga económica que se deriva del contrato, que es consecuencia de que se le imposibilitó para elegir conscientemente la mejor de entre las diversas ofertas disponibles en el mercado.

10. En nuestro caso, la exigencia de transparencia se proyecta de forma esencial en la aptitud de la cláusula para hacer comprender al consumidor que, si bien el interés pactado por el préstamo era variable, estaba sometido a un límite importante por debajo del cual no podría bajar, cualquiera que fuera la evolución del mercado y, como consecuencia, del índice al que se hubiera referenciado el tipo variable fijado.

Es por ello por lo que las circunstancias que deben ser tomadas en consideración para analizar la transparencia de la cláusula son diversas y atienden de forma esencial a su ubicación en el contrato o a la información facilitada por la entidad financiera en la oferta comercial realizada o bien en las negociaciones o tratos que las partes llevaron a cabo, tal y como precisa la STS 464/2014 en el apartado 9 de su fundamento segundo.

Y precisa el TS en la Sentencia y apartado que acabamos de citar «... *la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia*».

CUARTO.- 11. Aplicada la anterior doctrina al presente caso, no podemos tener por acreditado, en primer lugar, que la cláusula impugnada fuera negociada individualmente con la actora y, en consecuencia, que no fuera impuesta por la entidad de crédito, al estar predispuesta para su inclusión en multitud de contratos. Recordemos que la carga de la prueba recae sobre el empresario (fundamentos 160 a 165 de la sentencia de 9 de mayo de 2013).

12. No es suficiente, a esos efectos, (i) con el testimonio del Sr. Abel (empleado de la oficina), ya que su declaración se refiere en términos generales a la novación del préstamo, explicando las dificultades económicas de la actora (en situación de desempleo) para satisfacer las cuotas de amortización del préstamo y que ya había incurrido en retrasos en los pagos mensuales; (ii) tampoco, la propuesta de novación efectuada por la demandada, en la que consta un límite "suelo" de 4,95 %, y, en cambio, finalmente en el contrato consta un 4,5%. (documento nº 8 de la contestación). La diferencia de tipo entre ambos documentos no acredita que fuera objeto de negociación entre las partes.

La petición de novación del préstamo por parte de la actora y la reducción durante dos años de las cuotas a pagar, no significa que se negociaran individualmente todas las cláusulas del contrato ni, en particular, la relativa al "límite a la variación del tipo de interés" (cláusula suelo/techo). Al contrario, la prueba practicada, en particular: (i) la referida testifical y la declaración de la Sra. Teodora, madre del actor; (ii) el documento emitido por la actora relativo a las condiciones propuestas de la novación y que se identifica como "Hipoteca cuota pactada" (documento nº 11 de la contestación, al folio 265, en el que consta: "El titular del préstamo es obrero autónomo dedicado a la construcción, sector especialmente afectado por la crisis que nos afecta. En la actualidad tiene unos ingresos de 1.157,06 € mensuales, mientras que su madre es propietaria de la finca y también titular del préstamo, cobra una pensión de 492,50 €. Han visto reducidos sus ingresos casi en un 50%, motivo por el que solicitan una cuota de 334,79 €, pero estimamos que estableciendo la misma en 400 € podrán hacer frente a la misma"); (iii) así como las propias explicaciones contenidas en el escrito de recurso en relación a la negociación entre las partes (páginas 14 a 19), permiten concluir que el interés de la actora en la novación era obtener una reducción de la cuota mensual temporalmente, lo que llevó a pactarse un plazo de dos años de interés fijo que arrojaba una cuota mensual de 400 euros, frente a la de 669,57 euros, que venía



satisfaciendo con anterioridad a la novación, y que las conversaciones se centraron en la reducción de la cuota a satisfacer, pero no se acredita que versarán sobre la cuota a satisfacer cuando finalizara ese primer período de interés fijo. Es más, el propio recurso expresa que la rebaja de esa cuota inicial, que era el objetivo de la actora, conllevó que el Banco aumentara los límites "suelo y techo" del interés variable para así compensar la rebaja de la cuota mensual durante el primer período. Tampoco el documento nº 8 referido por la recurrente, acredita que se negociara la cláusula suelo, pues en esa propuesta también consta un diferencial más alto del 2,5 que, por lo demás, es el diferencial y "suelo" establecidos en la escritura de préstamo.

14. La situación de dificultad económica de la actora, que la llevó a solicitar la novación del préstamo, no acredita que se negociara la cláusula suelo y techo a la que se sujetaba el interés variable aplicable transcurrido el primer período de dos años. Como señala la STS de 9 de mayo de 2013, apartado 151, la "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo". La prueba practicada no permite concluir que la cláusula impugnada fuera negociada individualmente sino que fue impuesta por la demandada para acceder a la rebaja de la cuota durante un primer periodo, esto es, el cliente consintió contratar una "hipoteca cuota pactada" que incorporaba la referida cláusula suelo no negociada individualmente, cumpliéndose el fenómeno descrito en el apartado 157 de la citada STS como "Take it or leave it -lo tomas o lo dejas".

QUINTO.- 15. Una vez ha quedado excluido que la cláusula "suelo" fuera negociada individualmente, procede examinar si supera el control de transparencia exigido, conforme la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo. No cuestionamos que la cláusula "suelo" tenga una redacción clara y comprensible para el consumidor. Pero ello no es suficiente para poder afirmar que la cláusula cumple las exigencias de transparencia que impone la Directiva 30 de abril de 2014 y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del TJUE que la interpreta (por ejemplo, la STJUE de 30 de abril de 2014, citada por la STS de 24 de marzo de 2015, afirma que: "*la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal o gramatical*" [párrafo 71], "*del anexo de la misma Directiva resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación de ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo*" (párrafo 73) y la STJUE 26 de febrero de 2015, que declara "*de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l) y 2 letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo de interés, así como la relación de dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre las bases de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan*" [apartado 74]).

De tal suerte, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, la controvertida "cláusula suelo" debe ser objeto de un control de transparencia que vaya más allá del control de incorporación o inclusión (arts. 5.5 y 7.b) de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de *Condiciones Generales de la Contratación*), que supone el control de la comprensibilidad real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, sino, además, el control de transparencia debe verificar que la información suministrada permite al consumidor saber que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y puede incidir de forma importante en el contenido de su obligación de pago, y que el adherente pueda tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega en la economía del contrato.

16. La recurrente sostiene que la información facilitada a la actora permite dar por cumplida la referida exigencia de transparencia. En particular, alega el cumplimiento de esa exigencia con la entrega de la oferta vinculante en la que constan los límites a la variación de tipos, la puesta a su disposición en la Notaría del borrador del contrato, la información del modo de operar de la cláusula ofrecida por el propio Notario al tiempo de la firma, como declara éste en la prueba testifical, y, además, una "cláusula suelo" ya estaba incluida en el contrato de préstamo hipotecario anterior firmado por la actora y objeto de novación en el contrato de préstamo controvertido en el presente procedimiento.

17. Esta Sala estima que la prueba practicada no permite acreditar que en el supuesto de autos la cláusula impugnada satisface el control de la comprensibilidad real de su contenido. En primer lugar, (a) la oferta



vinculante y el contrato contienen la referida cláusula en los mismos términos, sin que se resalte su inclusión ni se explique su modo de operar. La extensa cláusula relativa a los intereses ordinarios no permite obtener de forma comprensible y clara esa información, remitiendo al Anexo I que indica diferentes tipos de interés sin exponer cómo opera la cláusula suelo en relación con las bajadas del tipo de referencia. (b) Si bien es cierto que consta acreditado que se informó a la actora de la inclusión en el contrato de una cláusula de límites a la variación del tipo de interés y que en el momento de la firma la actora no manifestó desconocer la operativa de la cláusula, no consta que se le explicara esa operativa permitiéndole obtener un conocimiento completo de las consecuencias de su aplicación en el contrato, esto es, que a pesar de pactarse un interés variable, el establecimiento del suelo lo convertía de hecho en un préstamo a interés fijo mínimo del 4,5%. Como afirma el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 :

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

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

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

(c) No consta acreditado que se realizaran simulaciones de escenarios diversos en relación al comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés al tiempo de contratar. Las circunstancias acreditadas (del cambio de la situación económica de la actora que perdió su empleo y las dificultades para satisfacer las cuotas mensuales del préstamo) que llevaron a la actora a suscribir la novación del préstamo, pactándose en la escritura de novación unos límites a las variaciones de interés más altos que los fijados en el préstamo novado permiten concluir que esa cláusula no mereció un tratamiento informativo adecuado sin que fuera apreciada por la actora como relevante para el objeto del contrato, quedando éste, el precio del crédito, y la información facilitada circunscrito principalmente a la cuota fija a pagar durante los dos primeros años. Así, atendiendo al marco de la contratación de la novación del préstamo, no se observa que la demandada facilitara, en el contenido del contrato y de la oferta precontractual ni en información complementaria, criterios e información concreta y comprensible sobre cómo esa cláusula afectaba al precio del préstamo subrogado en el caso de bajadas del índice de referencia, atendiendo a la evolución previsible de las circunstancias.

18. En segundo término, la actuación del Notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario, como resulta de su declaración testifical, no permite concluir la existencia de información suficiente para la comprensibilidad real de la cláusula enjuiciada. Pues, como hemos expuesto en el anterior Fundamento de derecho, no se ha acreditado que fuera objeto de información el modo de operar de la cláusula. Además, como afirmó la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 , " *sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con las del préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia*". Y, como explica la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2015 (138/2015):

" Debe tomarse en consideración que el art. 84 TRLCU solo prevé que el notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Y que el art. 7.3.2.c) de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, al prever que el notario advertirá de los "[...] límites a la variación del tipo de interés", establece que "en particular cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignara expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiéndole de ello a ambas partes". Y , como se declaró en la sentencia de esta Sala núm. 214/2013 , la razón de considerar abusiva las condiciones generales que establecen la cláusula suelo, objeto de aquella sentencia, no era el desequilibrio entre el suelo y el techo, sino la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajaría el tipo de interés variable pactado. "



19. Por último, la existencia de una cláusula "suelo" en el contrato de préstamo inicial y objeto de novación en el contrato controvertido no excluye la necesidad de realizar el juicio de transparencia de la cláusula aquí impugnada, ni de concluir que por existir una cláusula similar en ese contrato el actor dispone de la información suficiente para comprender su alcance en el desarrollo del contrato de novación del préstamo. Ese primer contrato y la cláusula que incluye, así como el contexto de información que lo pudo acompañar, no constituyen el objeto del presente enjuiciamiento, además, tampoco ha sido observada la concurrencia de información suficiente, a raíz de ese contrato o del controvertido, que pudiera posibilitar una comprensión real por el actor del modo de operar la cláusula impugnada. La existencia de un contrato previo que incluya esa cláusula o una de similar no convierte en transparente a la cláusula impugnada. Como tampoco la convertiría en transparente que esa cláusula se hubiera aplicado, durante cierto tiempo, beneficiándose el consumidor de las bajadas de los tipos de interés durante un período de tiempo, como afirma el Tribunal Supremo en su Auto de 3 de junio de 2013, de aclaración de la Sentencia de 9 de mayo de 2013:

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

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

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

Por todo ello, debe concluirse que, ni el contrato de préstamo ni la oferta precontractual contienen información clara y comprensible sobre la operativa de la impugnada "cláusula suelo y techo", información que tampoco resulta acreditado fuera facilitada por la demandada ni por el Notario autorizante del préstamo ni obtuviera el actor como consecuencia del contrato de préstamo objeto de novación.

20. En consecuencia, procede confirmar el pronunciamiento a quo declarativo de la nulidad de la cláusula de limitación del tipo de interés por no superar el control de transparencia.

SEXTO.-21. Por último la demandada considera improcedente la restitución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula suelo, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013. Recordemos que el punto décimo del fallo de dicha Sentencia dice lo siguiente: " No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia."

22. La Sentencia de referencia no desconoce que, como regla general, la ineficacia de los contratos " exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes" (apartado 283). Sin embargo admite 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) (apartado 291).

23. En concreto, la irretroactividad de la sentencia, en el sentido de que la nulidad de la cláusula no afecta a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada " ni a los pagos ya efectuados en la fecha de la publicación" (apartado 294), lo justifica el Tribunal Supremo por las siguientes circunstancias que enumera en su apartado 293:

a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

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



gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

24. Este tribunal ya se pronunció en su Sentencia de 16 de diciembre de 2013 (Roj: SAP B 14242/2013) sobre la cuestión que plantea el recurso, en una decisión en la que no existió unanimidad entre los componentes de la Sala. La decisión de la mayoría en aquella ocasión fue partidaria de hacer aplicación de lo establecido en el artículo 1.303 CC y extender los efectos de la nulidad de forma retroactiva, apartándonos del criterio establecido en la STS 241/2013, de 9 de mayo .

Tras esa primera resolución, esta Sección cambió de criterio a partir de la sentencia de 12 de noviembre de 2014 (Rollo 410/2013), al haberse modificado la composición de la Sala y atendida la respuesta que habían venido dando los tribunales a esta cuestión, con una diversidad de criterios poco compatible con la seguridad jurídica. Entendimos a partir de entonces que la respuesta en el ámbito de las acciones individuales no podía ser distinta a la que el Tribunal Supremo había dado en el ámbito de las acciones colectivas. No resulta lógico que una misma situación jurídica merezca una respuesta judicial distinta según cuál sea cauce procesal seguido para lograr su protección.

25. Ya entonces anunciamos que adaptaríamos nuestro criterio al que pudiera sentar el Tribunal Supremo. Pues bien, la reciente sentencia de 25 de marzo de 2015 (139/2015) precisa su postura inicial y fija la siguiente doctrina, que refleja en el punto 4 del fallo:

" Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 " .

La citada sentencia, tras exponer cuales fueron los motivos por los que la sentencia de 9 de mayo de 2013 declaró la irretroactividad, justifica su decisión con los siguientes argumentos:

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



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

26. Aplicada la anterior doctrina al presente caso, dado que la nulidad se declara por falta de transparencia, en los términos fijados por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , procede la restitución al prestatario de los intereses que hubiera abonado en aplicación de dicha cláusula a partir de dicha fecha.

Por lo expuesto, el recurso debe ser estimado parcialmente.

SÉPTIMO.- 27. Dado que la demanda y el recurso se estiman parcialmente, unido las dudas de derecho suscitadas y la disparidad de criterios judiciales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede la imposición de las costas de ninguna de las dos instancias.

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la entidad CAIXABANK, S.A. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 10 de Barcelona de fecha 18 de febrero de 2014 , dictada en las actuaciones de las procede este rollo, que revocamos en parte, en el sentido de limitar la condena a la restitución de las cantidades percibidas por la demandada en aplicación de la cláusula anulada a las abonadas a partir del 9 de mayo de 2013. Sin imposición de las costas en ninguna de las dos instancias.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, a los efectos pertinentes.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.