



Roj: **SJM IB 172/2016 - ECLI:ES:JMIB:2016:172**

Id Cendoj: **07040470012016100037**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **29/02/2016**

Nº de Recurso: **347/2015**

Nº de Resolución: **64/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **VICTOR MANUEL CASALEIRO RIOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**JDO. DE LO MERCANTIL N. 1**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00064/2016**

C/TRAVESSA D'EN BALLESTER S/N

**Teléfono: 971 21 94 14**

Fax: 971 21 94 56

MGR

S40000

**N.I.G. : 07040 47 1 2015 0000626**

**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000347 /2015**

Procedimiento origen: /

**Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña. Victoriano , Visitacion

Procurador/a Sr/a. ANTONIO FERRAGUT CABANELLAS, ANTONIO FERRAGUT CABANELLAS

Abogado/a Sr/a. ,

DEMANDADO D/ña. BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA SA

Procurador/a Sr/a. ANTONIO MIGUEL BUADES GARAU

Abogado/a Sr/a.

**SENTENCIA**

En Palma de Mallorca, a 29 de febrero de 2016

Vistos por mí, D. Víctor Manuel Casaleiro Ríos, juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca, los autos de Juicio Ordinario con número 347/2015, en la que es parte demandante Don Victoriano y Doña Visitacion , representados por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Ferragut Cabanellas y asistidos por el Letrado Don Manuel Vich Salas y parte demandada la entidad bancaria Banco de Caja de España de inversiones Salamanca y Soria S.A.(en adelante Caja España) representada por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Buades Garau y asistida por el Letrado Don Luis Moya Antón habiendo versado el presente procedimiento sobre ACCIÓN INDIVIDUAL DE NULIDAD y ACCION DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD dicto la presente sentencia.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.** : El día 24 de abril de 2015, el Procurador de los Tribunales Don Antonio Ferragut Cabanellas, actuando en nombre y representación antedicha, tal como consta debidamente acreditado en autos, presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad Caja España S.A, de cuyo conocimiento correspondió a este Juzgado con arreglo a las normas de reparto.

**SEGUNDO.:** Por decreto se admitió a trámite la anterior demanda de la que se dio oportuno traslado a la parte demandada quien se opuso a su estimación en tiempo y forma.

**TERCERO.** La audiencia previa se celebró el día 19 de octubre de 2015, compareciendo ambas partes en legal forma, y tras manifestar que no había posibilidad de alcanzar ningún acuerdo, se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos y solicitaron el recibimiento del pleito, con el resultado que obra en autos. Se convocó a la celebración del juicio, el cual tuvo lugar el día 25 de enero de 2016. Al mismo comparecieron los actores asistidos de Letrado y representadas por Procurador, al igual que la demandada, procediéndose a practicar las pruebas propuestas y admitidas, con el resultado que obra en autos. Tras ello se formularon las conclusiones, quedando el juicio visto para sentencia.

**CUARTO.:** En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo los plazos debido a la alta carga de trabajo que soporta este Juzgado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO . Alegaciones

No es un hecho controvertido y así se desprende también del documento núm. 1 del escrito de demanda, que el día 4 de marzo de 2009 Don Victoriano y Doña Visitacion (en concepto de prestatarios) y la entidad Caja España S.A., (en concepto de prestamista) suscribieron un contrato de préstamo hipotecario, en virtud del cual, la entidad bancaria, le concedió un préstamo cuyo principal por importe de 447.000 euros, a devolver en 33 años, a razón de 396 cuotas mensuales en las que estaban incluidos el capital e intereses, debiendo satisfacer la primera cuota el día 4 de abril de 2009 y la última, el 4 de marzo de 2042 (cláusulas contractuales financieras 1ª y 2ª). Cada cuota mensual se fijaría en función del capital pendiente de pago más un interés ordinario que variaría según el periodo. En concreto:

Periodo inicial: se aplicaría un tipo de interés fijo del 3,702 % (desde el 4 de abril de 2009 hasta el 4 de abril de 2010)

Periodos sucesivos: a partir del día 4 de abril de 2010, hasta el vencimiento del préstamo, el interés remuneratorio anual aplicable y se calcularía tomando un tipo de referencia (EURIBOR) más un diferencial de 0,50%, tal como recoge la cláusula tercera del contrato de Préstamo Hipotecario, en concreto la estipulación Tercera Bis

No obstante, sigue diciendo la escritura pública en su punto Clausula Tercera bis, que la revisión del tipo de interés se estableció "*...en ningún caso, el tipo de interés anual resultante pueda ser inferior al 3 por ciento .*", es decir, la comúnmente conocida como cláusula suelo o "floor". Por tanto, si el resultado de la revisión en cualquier de los periodos de interés comprendidos en la segunda fase fuese inferior al interés mínimo, será éste tipos de interés mínimo el que se aplicará.

El día 6 de febrero de 2014 con acuse de recibo el día 11 de febrero, los actores, como titulares del préstamo remitió reclamación extrajudicial formal ante la entidad bancaria, de la que no se ha obtenido respuesta alguna, (documento número siete de la demanda )

En virtud de los hechos expuestos, la parte actora presentó demanda por la que se solicita se declare la nulidad de la misma y se condene a la entidad bancaria y como consecuencia de dicha nulidad se reintegren las cantidades cobradas con ocasión de aplicación del cláusula, y subsidiariamente desde 9 de mayo de 2013, así como el recalcule del cuadro de amortización del préstamo hipotecario en cuestión.

A entender de la actora, la citada cláusula suelo es una condición general de la contratación al haber sido impuesta por el banco sin posibilidad de negociación, no habiéndose negociado individualmente y cuya incorporación a los contratos de préstamo hipotecario impide al cliente beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés. Además, se infiere de su escrito de demanda, que dicha cláusula transgrede el principio de buena fe contractual y provoca un desequilibrio sustancial e injustificado de las obligaciones contractuales entre ambas partes no siendo el mismo riesgo el que asumen una y otra al haberse pactado el suelo, respectivamente, faltando de esta manera reciprocidad alguna en las prestaciones contrato estando, pues, en contravención de lo dispuesto en el Art.2 , 5 , 7 , 8 10 , 80 , 82 , 85 y 87 TRLGDCU del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007).



La parte demandada se opone a su estimación, y se procede a contestar a la demanda, negando la realidad de los hechos en los que se fundamenta la demanda. De la contestación se refiere e infiere, en síntesis, que la citada cláusula suelo no es una condición general de la contratación sino que entiende que se trata de una cláusula libre y voluntariamente aceptada, negociada con su representada, y que forma parte del precio. Por tanto, al no ser una condición general y al afectar al objeto principal del contrato, no puede ser sometida al control jurisdiccional de abusividad de la LCGC. Entiende, que la demandada ha cumplido escrupulosamente respecto a la normativa sobre transparencia aplicable al contrato que les une. Añade, que de la cláusula, así como de las demás condiciones, fue informada, con antelación, y que la cláusula era clara, concisa, sencilla y, por ello, transparente. Por tanto, no puede ser sometida al control jurisdiccional de abusividad de la LCGC. Por otra parte, niega haber contravenido la buena fe contractual, es más, es una cláusula reconocida legalmente y no hay desequilibrio de prestaciones entendidas éstas como derechos y obligaciones de las partes. Añade, por último, en su caso, la eficacia no retroactiva de un eventual pronunciamiento declarativo de nulidad de la cláusula suelo.

## **SEGUNDO. Antecedes jurisprudenciales**

Antes de entrar en el análisis de la cuestión objeto de este litis, esto es, si la cláusula suelo es o no abusiva y, en caso afirmativo, las consecuencias que de ello se derivan, conviene recordar, si quiera brevemente, cuál era el escenario al que nos enfrentábamos los juzgados mercantiles y audiencias provinciales antes de la STS de 9 de mayo de 2013 y cómo queda el panorama jurídico tras la misma, pues sin lugar a dudas, dicha sentencia ha supuesto un hito importante no sólo por la trascendencia e importancia del contenido de su resolución sino también, por la flexibilidad que introduce en el proceso declarativo civil cuando una de las partes es un consumidor atemperando los efectos de los principios dispositivos y de las instancias de parte que marcan el proceso declarativo civil tal como lo habíamos entendido hasta ahora (FJ 126).

Antes del día 9 de mayo de 2013, los juzgados mercantiles habían venido resolviendo esta cuestión de manera muy heterogénea. Unas sentencias consideraban que se trataban de condiciones generales de la contratación al ser cláusulas impuestas y las declaraban nulas por falta de reciprocidad de prestaciones en función de los porcentajes en los que se hubieran fijado el suelo y el techo ( SAP de Barcelona, sección 15ª, de 19 de marzo de 2013 ). Otras, sin embargo, si bien consideraban que eran condiciones generales, no apreciaban abusividad por el simple hecho de fijar un suelo en los préstamos hipotecarios. Otras negaban directamente que estuviéramos ante una condición general al formar parte del precio y por tanto, no se podía entrar en el análisis de la abusividad (SJM nº 4 de Barcelona, de 16 de abril de 2012, entre otras). Por último, y sin ánimo de ser exhaustivos, otras sentencias declaraban la nulidad de la cláusula si quedaba acreditado que hubo error o vicio del consentimiento al amparo del Art. 1261 y 1303 CC . Tal panorama generó evidentemente una gran inseguridad jurídica para los operadores jurídicos pues la solución final dependía del órgano judicial al que le tocara resolver.

A raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013 , las cosas empiezan a cambiar. Así, en dicha sentencia, el TJUE, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el JM nº 3 de Barcelona en la que declara que la regulación española del proceso hipotecario no se ajusta a la normativa europea al no proteger suficientemente al consumidor y recuerda el deber del juez nacional de proteger al consumidor y entrar inclusive de oficio en el análisis de aquellas cláusulas que considere abusivas aunque no se le hubieren invocado.

Poco tiempo después e inspirada en esa doctrina del TJUE, se dicta la STS de 9 de mayo de 2013 , la cual concluye, a modo de resumen, que las cláusulas suelo sí tienen la consideración de condición general de la contratación al ser una cláusula impuesta y no negociada individualmente con el consumidor y que aunque afecten al objeto principal del contrato, puede ser sometida al control de abusividad por parte del juez al no formar parte del elemento esencial del mismo. Asimismo, aunque determinar que la cláusula suelo, per se, es lícita se puede declarar la abusividad de la misma por falta de transparencia, apreciable de oficio. Por tanto, según el TS, tales cláusulas deben superar dos niveles diferentes: el primero, si la cláusula es clara en sí misma y cómo se incorporó al contrato y un segundo nivel, relativo al grado de conocimiento que tenía el cliente respecto a la incorporación de dicha cláusula y si sabía de las consecuencias jurídicas y económicas que conllevaba su aceptación. Para ello, el TS fija en su FJ 225, cuál es el test de transparencia que deben superar tales cláusulas.

Añadir que en términos coincidentes se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus últimos fallos de 2014, y más recientemente de marzo de 2015, que obviamos reproducir por cuestión sintáctica.

A continuación, se irán analizando cada uno de los citados argumentos.

## **TERCERO. Condiciones generales de la contratación. Concepto.**



Existen dos premisas fundamentales para poder entrar a valorar si una cláusula de un contrato es o no abusiva al amparo de la LCGC, la primera, que el contrato haya sido suscrito entre un profesional y un consumidor y la segunda, que estemos ante una condición general de la contratación.

Respecto al primer de los puntos, el Art. 3 TRLCGC contiene una definición legal según el cual " *a los efectos de dicha Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*". La SAP de Barcelona, sección 15ª, de 26 de enero de 2012 añade lo siguiente "*consumidor es aquella persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*".

En este caso, no se plantea como hecho controvertido la condición o no de consumidores de la parte actora.

Pues bien, sin perjuicio de no ser un hecho controvertido, como se expuso en el párrafo segundo de este fundamento de derecho y relacionado con las circunstancias subjetivas concurrentes, se considera al demandante como consumidores al no actuar en el ámbito de ninguna actividad empresarial o profesional sino para un interés particular, conforme al TRLCGC. Por tanto, se cumple el primer requisito.

En cuanto al segundo elemento, tampoco es controvertido que la cláusula suelo tiene el carácter de contractual y que su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores es facultativa. Ahora bien, el hecho de que no se incluyan necesariamente en todos los contratos, en la medida en que son cláusulas prerredactadas y destinadas a ser incorporadas a una multitud de ellos, la convierte en una condición general.

Es más, en el propio escrito de contestación se trata de inferir que la cláusula si fue negociada individualmente con el cliente, así reza la contestación a la demanda, en concreto en su Hecho Primero de la contestación, donde se nos explica que los actores acudieron a la entidad desvinculándose de una posible subrogación de hipoteca de constructor de la propiedad que adquirirán, en concreto con la entidad Ibercaja, y partiendo de las condiciones negociaron el préstamo hipotecario en cuestión, infiriéndose del contenido de la misma que los demandantes pudieron haber influido en la supresión de la misma dado que fue negociada, eliminando tal contenido del contrato, a lo que si a sensu contrario se interpreta que las cláusulas no han sido impuestas, es decir, según el entender de la entidad demandada. Ello parece diametralmente opuesto a lo inferido de la declaración del testigo Don Florentino, propuesto por la entidad, empleado de la misma y ostentado el cargo de director en el momento de realización de la operación. El testigo, Don Florentino, preguntado sobre si podía o no negociar la inclusión de la cláusula suelo, manifiesta "creer que no... que en principio no se podía quitar" en relación a la cláusula suelo. De ello se infiere que lo ofertado y comercializado era un producto financiero prerredactado por la entidad sin posibilidad inicial de modificación respecto a tal extremo, sin perjuicio de que se pudiera contratar otro producto distinto del suscrito. A mayor abundamiento, a tal conclusión se llega si observamos los términos de la declaración donde se extrae dado que lo que se contrató por las partes era un producto financiero que sacó la entidad y que se recogió en folleto informativo, que era un producto cerrado y en el cual no se podía modificar en principio.

En relación a la circunstancia de la negociación, sus manifestaciones son generales, no concretas, gozando de verosimilitud dado lo que manifiesta, si bien de ello se llega a la conclusión por quien suscribe la presente, que no ha habido una negociación strictu sensu, sino que se ofertaron unas condiciones, que se imbrican en un determinado producto financiero, ante lo cual estamos ante una condición general de la contratación. Ello sin perjuicio de que si, como manifiestan los testigos propuestas, la parte se opusiera podría ser negociado, es decir, valorarse otras opciones que quedarían sometidas a la aprobación del órgano pertinente superior.

De esta manera, y en atención a los datos y hechos manifestados, la parte demandada no aporta indicio alguno que asevere lo reflejado en su escrito de contestación a la demanda, relativo a la consideración de las cláusulas de condiciones generales dada su negociación individual, como la regla de la carga de la prueba requiere para que ello se aprecie.

Es pertinente recordar que la prueba de la negociación individual de una cláusula corresponde al predisponente, conforme al artículo 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU), y la exégesis de este precepto efectuada por la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 " 160. A ello debe añadirse que, aunque la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que "[e]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"- a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE "[e]l profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba"-en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla."



A tenor de lo cual, y del esfuerzo de la parte demandada de demostrarlo, este juzgador no comparte su argumentación, en el sentido que se considera que el actor no ha podido influir en la redacción de la cláusula, es decir en su contenido o en su supresión. Ello, y conforme se expuso en párrafos anteriores, se debe a que no se posee prueba que lo desvirtúe. Así no existe prueba de la negociación individualizada, ya que ni existe constancia documental de las diversas ofertas efectuadas, ni tampoco se han aportado al acervo probatorio, y le incumbía hacerlo a la parte demandada en función de las reglas relativas a la carga de la prueba expuestas, ningún elemento probatorio que corrobore en qué consistieron las explicaciones a tal efecto efectuadas. Al contrario, de lo expuesto y manifestado se parece inferir, en el presente caso que se trataba de un producto, al que se imbricaban una serie de condicionantes, que solo en caso de que se opusieran podría valorarse otras opciones.

Y, en síntesis, añadir, por compartir, el argumento establecido en el párrafo 156 del sentencia del TS de Pleno de 9 de mayo de 2013, que es un hecho notorio, y por tanto conforme al artículo 281.4 de la LEC exento de prueba, que las entidades financieras, y la entidad demandada lo es, en el año 2009, año de la celebración del contrato objeto de la controversia, introdujeron la cláusula suelo sin negociar individualmente su contenido, muestra evidente de que nos encontramos ante una condición general de la contratación

En suma, estamos ante una "condición general de la contratación" del apartado 1 del artículo 1 LCGC a cuyo tenor: "[s]on 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".

Así, como dice la STS de 9 de mayo de 2013, en sus fundamentos jurídicos 137 y 138, para que una cláusula tenga la consideración de condición general, debe reunir los siguientes requisitos:

" a) *Contractualidad*: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) *Predisposición*: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) *Imposición*: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) *Generalidad*: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

138. De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

a) *La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y*

b) *Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".*

Aplicando tales preceptos y requisitos al caso que nos ocupa, cabe concluir, reincidiendo, que la cláusula suelo es una condición general de la contratación al ser una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos, que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente sino impuesta por el banco por lo que puede entrarse en el análisis de su abusividad.

En cuanto al argumento esgrimido por la entidad bancaria de que dicha cláusula está reconocida legalmente, así es conocido por Informe del Banco de España de fecha 7 mayo de 2010, la citada OM de 5 de mayo de 1994, y añade este juzgador la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares y la propuesta de Directiva nº 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial, la cual admite la legalidad y validez de cualquier modalidad de este tipo de cláusulas, no impide tal consideración pues tal como dice el TS, tales normas no exigen al banco su inclusión sino el procedimiento que deben seguir para que la incorporación de dicha cláusula sea válida. Además, aun aceptando que la cláusula fue incorporada siguiendo tales requisitos, podrá





determinar que la cláusula supere el primer nivel de transparencia pero no el segundo, esto es, qué información se le dio al cliente y si éste era conocedor de las repercusiones económicas y jurídicas de su aceptación.

Así, dispone el TS en su FJ 178, "[l]a existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis".

#### **CUARTO. El control de las condiciones sobre el objeto principal del contrato**

Una vez concluido que las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación, sostiene la parte demandada que no puede entrarse en el control de su abusividad.

El TS, en sus FJ 184 a 190, analiza de forma pormenorizada esta cuestión y llega a la conclusión, de que las cláusulas suelo, efectivamente, forman parte del objeto principal del contrato pero no constituyen su elemento esencial, el cual estaría configurado por el préstamo a interés variable de ahí que sí pueda entrarse en el control de abusividad.

A tenor de la citada sentencia, la cual reproduzco por la importancia de sus razonamientos jurídicos:

*"El decimonoveno considerando de la Directiva 93/13 indica que "[...] a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor".*

185. De forma coherente con tal planteamiento, la expresada Directiva dispone en el artículo 4.2 que "[l]a 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".

186. No define la norma qué debe entenderse por cláusulas "que describan el objeto principal" del contrato o referidas "a la definición del objeto principal", ante lo que la doctrina se halla dividida:

a) Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas "principales" que son las que definen directamente el "objeto principal" y las cláusulas "accesorias" que no definirían el "objeto principal". Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual.

b) Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al "precio" en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva.

c) Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el "objeto principal" debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del "objeto principal" del contrato incluso si se refieren al mismo.

187. Por su parte, el IC 2000 diferencia entre "[l]as cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva".

188. En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom)-, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio".

189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.



190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial.

En suma, la regla general, efectivamente, es que tales cláusulas, cuando se refieren al objeto principal del contrato, es que no son susceptibles de ser sometidas al control de abusividad por falta de reciprocidad de prestaciones al estar ante contratos con obligaciones recíprocas pero al no formar parte del elemento esencial, sí pueden someterse al control de transparencia, tal como sostiene el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, con cita de sus sentencias anteriores 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, y STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, la cual permite que las legislaciones nacionales establezcan normas más estrictas siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

En suma, en palabras del TS (FJ 196):

"196. a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone".

Por todo ello, la cláusula suelo es una condición general de la contratación, en la medida en que afecta al objeto principal del contrato, no puede ser sometida al control de abusividad por falta de reciprocidad de prestaciones tal indica actora en su demanda pero sí someterla al doble control de transparencia como también alega en su demanda.

#### **QUINTO. Control de transparencia en cuanto a la incorporación de la cláusula suelo.**

Como decía al inicio de esta sentencia, el TS distingue en los FJ 198 y siguientes, dos niveles en el control de transparencia: un primero, relativo a cómo se incorpora esa cláusula al contrato y si la misma, en sí misma considerada, es o no clara, control de oficio que tiene su encaje legal en el artículo 5.5 LCGC a cuyo tenor "[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, y Art. 7 LCGC "[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]".

Superado ese primer nivel, pasamos al segundo en el que se determinará qué información se le dio al cliente tanto de forma previa como en el momento de la contratación para determinar si éste era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas de la inclusión de tal cláusula en el contrato.

Entrando ya en el análisis del primer nivel, de la lectura del contrato de préstamo hipotecario objeto de litigio, de fecha 4 de marzo de 2009 y en particular, si analizamos el ordinal 3, de la cláusula Tercera- Tipo de Interés Variable, de la escritura, se puede concluir que las mismas, leídas de forma aislada, son claras, tal como alega la parte demandada, y por tanto, cumplen los requisitos del artículo 80.1 TRLCU a cuyo tenor "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán 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". Sin perjuicio de ello, es pertinente destacar que la misma no se haya incardinada en un punto o cláusula concreta sino que el mismo texto de los intereses, sin que se destaque en negrita ni de otro modo. Pero dicho lo cual, no es óbice para que cumple el primer nivel de transparencia.

Ahora bien, lo que habrá que analizar a continuación, es cómo se incorporó esa cláusula al contrato. Cabe recordar que la OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores, la cual exige, en resumen, que el banco entregue al cliente solicitante del préstamo hipotecario un folleto informativo, le sigue una oferta vinculante que incluye las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), se le debe de dar al cliente la posibilidad de examinar la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir al cliente sobre las circunstancias del interés variable, y muy especialmente, de la existencia de limitaciones a la variación del tipo de interés y si son o no semejantes tanto al alza como a la baja. Si se cumplen tales requisitos, se puede concluir que la incorporación de la citada



cláusula al contrato, garantiza de manera razonable los requisitos exigidos por la LCGC. Así, en palabras del TS (FJ 215):

*a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.*

*b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.*

Ello refleja que es necesario valorar si de la información practicada se *ha alcanzado la comprensibilidad* del actor, máxime cuando podemos entender que la orden ministerial nos ofrece unas pautas que pudieran ser tomadas a modo ejemplifica o ilustrativo de lo necesario para cumplir con los cánones mínimos.

De los documentos obrantes en autos no queda suficientemente acreditado que se cumpliera tal proceso informativo, pues no aporta la entidad bancaria ningún prueba relativa a que se le entregara al cliente ningún folleto informativo aportándolo la parte actora a los efectos que le es pertinente, a excepción de oferta vinculante en este caso con las salvedades que se analizaran, con carácter previo a la suscripción del préstamo hipotecario, ni su funcionamiento, ni se le hubiere informado de su derecho a examinar el préstamo hipotecario tres días antes de la firma ante el Notario de la escritura pública, ni que éste, al margen de leer la citada escritura, les explicara expresamente que dicho préstamo hipotecario contenía una cláusula suelo ni las repercusiones económica y jurídicas que ello comportaba. Por tanto, a juicio de este juzgador, no se cumplen los requisitos legalmente exigidos por la OM de 1994 por lo que cabe declarar que la cláusula es abusiva por falta de transparencia.

A mayor abundamiento, la cláusula objeto de la controversia figura dentro de una larga y tediosa acumulación de datos relativos al interés del préstamo en la estipulación, en el que se hace referencia a la forma de fijación del interés variable mediante una profusión de elementos y circunstancias a tener en cuenta que hace francamente difícil la comprensión de su forma de fijación, así como de la importancia de este factor como elemento constitutivo del precio del préstamo; a las bonificaciones a aplicar, de una forma que dificulta comprender la incidencia de éstas en el precio final del producto financiero; a la definición del Euribor, sin tampoco explicitar la incidencia de su fluctuación en la fijación del precio; al tipo de interés variable, sin concretar de manera exhaustiva el momento en el que resultará de aplicación, y mediante unas fórmulas aritméticas realmente complejas de entender para el neófito en la materia; y finalmente al límite del tipo de interés, sin que pueda deducirse sin más que constituye un componente fundamental del objeto principal del contrato, pues ni así se define ni así resulta de la compleja redacción de las estipulaciones del contrato. Esa profusión de datos diluye la atención del consumidor sobre el objeto principal de éste, y no es apta para que un consumidor medio pueda adquirir un cabal conocimiento del coste económico de la operación. Como defiende también la SJM número 2 de Murcia de 15 de mayo de 2013, " *Así, en la citada estipulación cuarta se incluye de manera detallada, y con profusión de datos, la subrogación del hoy actor en el préstamo hipotecario que el vendedor había celebrado con BANCO PASTOR SA, la eliminación de determinadas comisiones, las comisiones en concepto de compensación por desistimiento, las fechas de revisión de los tipos de interés, la fijación del diferencial entre las partes, las posibilidades de reducción del diferencial según los productos contratados con la actora. Después de toda la anterior información se incluye un apartado sexto en el que se fija la cláusula suelo bajo el título límites de variabilidad del tipo de interés, indicando que el mismo no podrá ser inferior al 4.30% nominal anual. Se advierte, por tanto, en palabras del TS que la cláusula "se encuentra enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro"* .

Pues bien, de la prueba practicada en el acto del juicio no podemos concluir que este control de incorporación se haya superado, pues lo aseverado por el demandado en su escrito de contestación no se ha visto acreditado por sus medios probatorios, testifical y prueba documental obrante en las actuaciones, ante lo cual no podemos darle la virtualidad que pretende la demandada.

En concreto, haciendo un análisis de la información facilitada y comprensión que se ha podido obtener por los actores, no se puede aseverar que se haya realizado un proceso informativo ni de modo previo en el modo de la contratación que permita a los actores ser conscientes de las consecuencias jurídicas y económicas de la citada cláusula.

Respecto a la escritura de préstamo hipotecario y su cláusula contenida en el ordinal 3, de la Cláusula Tercera-Tipo de Interés Variable, no podemos sino negar la aseveración sostenida por la parte demandada en su contestación a la demanda.





Sobre lo expuesto en el párrafo anterior, hemos de partir de que examinada la documentación y prueba obrante en las actuaciones, entre la misma si se haya la oferta vinculante mencionada. Respecto a la misma se han de realizar una serie de apreciaciones, en primer lugar, en concreto observando la oferta vinculante, la misma no se haya firmada por ninguno de los actores, por lo que no se puede saber o constatar que la misma se haya entregado a los actores, que los mismo hayan tomando conocimiento del contenido del mismo ni ninguna de las consecuencias lógicas de la existencia de la oferta vinculante cumpliendo los términos y contenidos. Ello conlleva que tampoco podamos observar si se cumplió el plazo de entrega de la misma, en caso de que ello fuese así.

La existencia de la oferta vinculante, aunque en este caso, reitero no se haya firmada y carece de valor alguno a los efectos, no implica la comprensión de la misma, dado que no se han realizado los demás actos, como el muy gráfico y ejemplificativo que sería las simulaciones, o cuanto menos el procedimiento se haya huérfano al respecto de prueba de las mismas, de posibles escenarios que facilitarían la comprensión. Respecto a ello, el testigo en el acto del juicio preguntado manifestó que las realizaban " *en unos casos si en otros no* ", lo que refleja que no podamos saber de un modo claro si los mismos se realizaron a los actores a pesar de que le mismo testigo al inicio de su declaración recordaba a los actores y las circunstancias. Añadir que el mismo testigo preguntado sobre la oferta vinculante manifestó " *no se hacía oferta vinculante* ". En conclusión, sobre este extremo, no se alcanza a comprender que se haya transmitido la información de un modo comprensible, pues, como manifestó el testigo, no se hacía oferta vinculante, aunque se aporte una no firmada por los actores; que las simulaciones se realizaban en unos caso y en otro no, sin que conste ningún tipo de soporte que en el presente caso se hayan realizado, y que preguntado sobre como explicaba el testigo la cláusula suelo, cuanto menos, resulta confusa.

A mayor abundamiento, e incidiendo, recordar lo manifestado por el director de la oficina, Don. Florentino , que es quien negocio el préstamo hipotecario con los actores. En concreto preguntado, sobre como explicaba el la cláusula suelo, respondió que " *... por debajo del 3% de la suma de euribor más diferencial nunca va a bajar de esto...* " forma, que a entender de este Juzgador no es comprensible para un ciudadano medio y profano en la materia si no se cumplen los demás parámetros de transmisión de información. Si bien en el presente caso, como hemos indicado, no se ha cumplido ni realizado simulaciones, ni entregado oferta vinculante con la antelación suficiente, ni una explicación clara y comprensible.

Añadir respecto a la transmisión de información, que en el folleto informativo, documento número dos de la demanda, no consta ni expresa en ninguno de sus extremos la existencia de cláusula suelo. El producto el mismo que el ofertado y contrato por los actores, sin perjuicio de que la parte demandada impugna el citado por considerar que es de otro año, en concreto del año 2007, si bien ni acredita de otro modo tal aseveración, y el producto es idéntico, e incluso el testigo Sr. Florentino , manifestó en el acto del juicio a lectura de quien suscribe, que " *... oferta comercial que saco el banco ...* ", añadiendo que " *... no puede decir que sea la que se contrato ...* " si bien resulta que la misma es la que se contrato, como se puede observar de los documentos número tres y cinco de la contestación a la demanda donde en los mismos en referencia al producto contratado se refiere como "Hipoteca Joven Duero".

Por ello, se extrae que no queda acreditado en los presentes autos que se haya realizado prueba de las explicaciones preceptivas que establece la citada Orden Ministerial, salvo la oferta vinculante las observaciones que hemos analizado, ante lo cual, y estando presenta ante un supuesto subsumible dado su importe, recalcar nuevamente, que a juicio de este juzgador no se cumplen los requisitos exigidos por la OM de 1994, declarando, por tanto, la cláusula abusiva por falta de transparencia

Ante lo expuesto, este juzgador no comparte que estemos ante un modo claro y comprensible de qué es y cómo se transmitió la información a los contratantes, en la escritura de préstamo de fecha 4 de marzo de 2009.

En síntesis, no podemos más que conforme a las reglas de la carga de la prueba del artículo 217 Lec , se sostiene la falta de información y comprensibilidad por la parte actora, e inversamente, la parte demandada no ha acreditado lo sostenido en su escrito de contestación conforme a lo señalado en el artículo 217.3 Lec .

Añadir que conforme al 217.7 Lec " *Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio .* ", y lo señalado en el artículo 376 Lec " *Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado.* ", y valorando las manifestaciones testifical, documental y la disponibilidad de los mismo el proceso se haya huérfano de prueba al respecto ala proceso de información y comprensión de la cláusula suelo.



Es más, aun si se admitiera que dicha cláusula se incorporó correctamente, hay que analizar qué grado de conocimiento tenía el consumidor acerca de la misma y de las repercusiones económicas y jurídicas que le comportaba. Y nuevamente, cabe decir que la cláusula, aunque puede ser clara en su redacción y de forma aislada, se vuelve oscura al estar *"enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultan su identificación y las consecuencias que conlleva de tal modo que le impide al consumidor conocer el alcance del objeto principal del contrato"* impidiendo al consumidor conocer con sencillez tanto la *"carga económica"* que realmente le suponía para él la incorporación de dicha cláusula y la onerosidad o sacrificio patrimonial que le iba a conllevar a cambio de la prestación económica que pretendía obtener, así como la *"carga jurídica"* del mismo, es decir, *"la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo"*. (FJ 210). De tal manera que la cláusula suelo convierte de forma sorpresiva para el consumidor un préstamo a interés variable en otro fijo sin poder beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia (FJ 217).

De hecho, al estar enmascaradas con otros datos, hace que el consumidor no centre su atención en la cláusula suelo sino en el diferencial, que es lo que normalmente le sirve para decantarse por una oferta u otra (FJ 218).

Es más, la cláusula suelo inclusive puede ser considerada un derivado financiero enmascarado pues si el tipo de referencia se sitúa por debajo del suelo, el cliente abonará la diferencia, por lo que es esencial que conozca de su existencia, de su incorporación y de las posibles consecuencias a fin de valorar si es proporcional al riesgo que él asume o no.

En definitiva, concluye el TS en sus FJ 223 y ss:

*"223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.*

*224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.*

*225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:*

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.*
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA (y los mismo cabe decir de las incorporadas por BANCO MARE NOSTRUM,) se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".*

Por último, una vez concluida que la cláusula suelo examinada no cumple el deber de transparencia en los términos indicados, debe analizarse si es o no abusiva por causar un desequilibrio en perjuicio del consumidor.

Ante la ausencia de una norma nacional y comunitaria que defina qué se entiende por "tal desequilibrio" el TS, en el FJ 253 de su sentencia, da las pautas necesarias para ello:

*"Es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto"*.

Y añade en los FJ 257 a 259: *"No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo*



y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo".

En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso".

Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto... 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".

La mera utilización de una condición general de la contratación que no sea transparente no implica la consecuencia automática de que ésta sea nula por abusiva, sino que es necesario que el predisponente o empresario la haya utilizado en contra de las exigencias de la buena fe. Esta utilización de mala fe puede atisbarse en aquellos casos en que siendo una cláusula contractual no transparente, la actuación del predisponente no ha ido encaminada a superar la falta de aptitud de la cláusula para comprender su comprensibilidad intelectual. Dicho de otro modo, se dará esta abusividad cuando se ha contratado de tal manera que el consumidor o el adherente no ha podido adquirir el conocimiento real del equilibrio de riesgos derivados del contrato, aprovechando el predisponente o empresario esta aptitud de la cláusula para concertar unas condiciones contractuales que de otra forma no hubiera conseguido. Dada la nula prueba aportada respecto de la concreta explicación de la trascendencia de la cláusula suelo respecto del elemento principal objeto del contrato, hemos de concluir en su utilización contraria a las exigencias de la buena fe.

Por tanto, como también defendió la STS Pleno de 9 mayo de 2013, las cláusulas suelo son lícitas, en cuanto que están prevista y reguladas por la ley. Sin embargo, su utilización contraria a las exigencias de buena fe que deben presidir las negociaciones contractuales y el funcionamiento del contrato, produce un desequilibrio subjetivo que dificulta la comprensibilidad intelectual del reparto de riesgos y que producen un verdadero perjuicio para el consumidor. Por esta razón, reacciona el legislador comunitario imponiendo al juez comunitario, y sin duda este Juzgador lo es, la carga de practicar de oficio el control de abusividad, y declarar nula las cláusulas abusivas que produzcan este perjuicio, reequilibrando a través de una actuación positiva de un órgano jurisdiccional, el desequilibrio producido. Y la cláusula suelo es nula por ser abusiva, ya que no siendo transparente, ha sido incorporada en el clausulado del contrato en contra de las exigencias de la buena fe.

En virtud del extenso razonamiento anterior procede estimar la acción individual de nulidad. Otra cosa es, como veremos, que deba prosperar la acción de reclamación de cantidad anudada a la acción individual de nulidad.

#### **SEXTO.- Efectos de la declaración de nulidad: retroactividad o irretroactividad.**

La declaración de nulidad de una cláusula contractual determina su eliminación del contrato, sin que sea posible su integración como ha explicado la doctrina del TJUE. Así, la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 recuerda que " *La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva*".

Lo anterior no implica que no pueda subsistir el contrato sin la cláusula contractual declarada nula, siempre que su supresión no afecte a la esencia del contrato. En este punto, conviene diferenciar, como hizo la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, entre un elemento esencial del contrato, que afecta al contenido normativo del mismo, y el objeto principal del contrato, de tal forma que si nos encontramos ante un elemento definitorio del objeto principal del contrato, su supresión no toca de muerte a la viabilidad del contrato, salvo que tenga un carácter esencial que la STS no le ha reconocido. En efecto, y en esto concuerdo con la doctrina del TS, el elemento definitorio esencial del precio es el tipo de interés, siendo que el límite del tipo de interés afecta al objeto principal del contrato, el precio, pero no de una manera esencial, sino meramente accesorio. Precisamente



porque la falta de transparencia de la cláusula contractual impide adquirir al consumidor el cabal conocimiento de que lo que era un elemento accesorio (límite de un tipo variable) se ha convertido en un elemento esencial (tipo fijo) es por lo que se ha declarado nula esta condición general de la contratación. En consecuencia, puede subsistir el contrato sin la cláusula tercera bis apartado 4.

Por último, y aquí está el meollo de la cuestión, el efecto restitutorio de las prestaciones que se deriva del artículo 1.303 del CC ("restitutio in integrum"), respecto de los efectos de la declaración de nulidad, puede limitarse si existen superiores razones que así lo justifiquen. A esta posibilidad de limitación o a la eficacia no retroactiva de la nulidad se refiere la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 en los siguientes términos:

" 287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica ( artículo 9.3 CE )-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que "[ ] as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

288. Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados (en este sentido, artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen Jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad ; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial ).

289. También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio , 281/1995 de 23 octubre , 185/1995, de 14 diciembre , 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo .

290. En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que "[ ]a eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley".

291. También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "[ ]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad" ( STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009 ).

292. Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo DE 2013 , RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59, dispone que "[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012 , Rçdlihs, C-263/11 , Rec. p. I-0000, apartado 59)."

En concreto, señala las siguientes razones para no acogerse al efecto retroactivo de la nulidad:

"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 ."

La parte demandante considera que no concurren las condiciones contenidas en la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 para predicar la no retroactividad de los efectos de la nulidad, ya que esas condiciones lo eran para ese caso enjuiciado, en el que se había ejercitado una acción colectiva y no una acción individual, sin que pueda entenderse que puede producirse un grave trastorno para la economía nacional con la declaración de nulidad con efecto retroactivo de un único contrato. Respecto de la aplicación de la doctrina del TS a las acciones individuales nos encontramos con dos posturas en la jurisprudencia:

- a) Postura favorable a la aplicación no retroactiva de la nulidad: como exponente de esta postura podemos citar: a.1) La SAP Córdoba (Sección 3ª), de 31 de octubre de 2013 , .2) La SAP Granada (Sección 3ª), de 18 de octubre de 2013 , .3) La SAP Madrid (Sección 28ª), de 23 de julio de 2013 :
- b) Postura desfavorable a la aplicación no retroactiva de la nulidad: como exponente de esta postura podemos citar: 1) La SAP Barcelona (Sección 15ª), de 16 de diciembre de 2013 , 2) La SAP Álava (Sección 1ª), de 9 de julio de 2013 ,

Este Juzgador se decanta por la primera de las posturas por las siguientes razones expuestas en las citadas sentencias:

- a) Porque no pretendo en absoluto realizar una interpretación correctora de la doctrina sentada en la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 , labor que por otra parte no corresponde a este Juzgador.
- b) Porque no es cierto que no pueda extenderse la doctrina del TS Pleno sobre la irretroactividad de los efectos de la nulidad a las acciones individuales, ya que el análisis de la nulidad no lo hace en relación a la acción concreta ejercitada, sino a la permeabilidad o impermeabilidad de la declaración de nulidad a los principios generales del derecho. Es por esto que los trastornos graves para la economía nacional no fuera una razón que se tomara en relación al caso concreto de los contratos objeto del procedimiento del TS, sino en relación al caso concreto de la declaración de abusividad por falta de transparencia de una cláusula como la que fue objeto de análisis, declaración que parte de un análisis subjetivo (consumidor medio, y no el concreto consumidor) y en abstracto (teniendo en cuenta las concretas circunstancias existentes en el momento de la firma del contrato) de la aptitud de la cláusula para su comprensibilidad intelectual. Por tanto, dado que el análisis es en abstracto y para un canon de consumidor, los factores tenidos en cuenta para declarar la no retroactividad de la cláusula pueden predicarse, incluso, respecto de una acción individual, ya que lo importante no es la acción ejercitada, sino la trascendencia de la declaración de nulidad.
- c) Porque la declaración de nulidad afecta al objeto principal del contrato, sin que contamine de nulidad todo el contrato, por lo que no estamos ante un supuesto de nulidad total, sino de nulidad parcial, por lo que al no regular concretamente este supuesto nuestro ordenamiento jurídico, parece justificado acudir, como ha hecho el TS, a los criterios establecidos por el TJUE, siendo posible acudir a los criterios ofrecidos por la STJUE de 31 de marzo de 2013 (caso RWE Retrieb AG ), para no declarar la retroactividad de los efectos de una nulidad



declarada con amparo en la normativa comunitaria. Dicho de otra manera, no estamos ante un supuesto de ineficacia estructural de la cláusula contractual, sino de ineficacia funcional, ineficacia que conlleva los efectos que ha indicado la STJUE de 31 de marzo de 2013 (caso RWE Retrieh AG ), cual es el de la no aplicación de la cláusula sin más. Esta doctrina ha quedado excelentemente explicada en la SAP Islas Baleares (Sección 5ª), de 31 de marzo de 2014 , con cita de la SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 6 de marzo de 2014 .

*" Ello no obstante incidir que este Tribunal comparte la totalidad de los argumentos que al efecto se contienen en la resolución recurrida, considerando oportuno traer a colación la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 6 de marzo de 2014 , que haciéndose eco, al igual que la resolución del juez a quo, del criterio recogido en la citada STS de 9 de mayo de 2013 refiere "la STS de 9 de mayo de 2013 es una sentencia de Pleno que, como tal, vincula a los órganos jurisdiccionales en la forma en que la jurisprudencia es fuente del Derecho (véase el acuerdo de la junta general de magistrados de la Sala Primera del TS de 30.12.2011, en interpretación del requisito del "interés casacional"). En la mencionada sentencia de pleno, además de analizar las peculiaridades propias de las acciones ejercitadas, se declara con toda contundencia que las cláusulas suelo no son cláusulas nulas y que podrían integrar el contenido del contrato cuando se inserten con carácter general en contratos celebrados entre profesionales y consumidores si superan el estándar del control de transparencia. No se está, por tanto, ante una nulidad estructural que afecta a un elemento esencial del negocio o de la estipulación en cuestión, como sucede con la nulidad general que contempla el art. 1303, sino ante una nulidad funcional derivada de la exigencia de protección de la parte más débil de la relación jurídica. Pero además, en el caso de cláusulas como la que ocupa que definen el objeto esencial del contrato y que, en sí mismas, son cláusulas lícitas, como regla general no cabe operar sobre ellas con la técnica del control de contenido. Su control, desde el punto de vista de la protección del consumidor, se lleva a cabo a través de lo que la sentencia denomina doble filtro o control de transparencia, al considerarse que la cláusula no ha sido válidamente incluida por los motivos expuestos en el apartado 225 de la repetida sentencia. Por tanto, su ineficacia viene dada de las peculiares condiciones en que se incorporaron al contrato y de las singulares exigencias de protección de la información proporcionada a la parte más débil de la relación jurídica.*

*Por todo ello, y como se argumentaba en la repetida sentencia de esta Sección de 13 de febrero de 2014 , resulta lógico que se excepcione el régimen general de la nulidad contractual previsto, como hemos señalado, para supuestos diferentes al que ahora nos ocupa, de ahí que las razones expuestas en el fundamento jurídico decimoséptimo de la sentencia del Pleno, en especial, la exigencia de respetar el principio de seguridad jurídica en relación con la conservación de efectos ya consumados, resulten plenamente aplicables al presente supuesto.*

*En consecuencia, procede declarar la irretroactividad de la presente resolución, de tal forma que la nulidad de la cláusula suelo solamente operará con efectos "ex nunc" y no a los pagos ya efectuados por el cliente hasta la fecha. Esto es, procede la declaración de nulidad de la cláusula suelo invocada, pero no así la devolución de las cantidades que por este concepto hayan sido pagadas.*

*Es de señalar que el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica invocado por el Tribunal Supremo, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio , 281/1995 de 23 octubre , 185/1995, de 14 diciembre , 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo . Mientras que el Tribunal Supremo, como se ha indicado anteriormente, también ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad dado que «la "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad» ( STS 118/2012, de 13 marzo, rec. 675/2009 ).*

*Y en la misma línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la reciente STJUE de 21 de marzo de 2013 , RWE Vertrieb, apartado 59, dispone que «[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por... el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012 , Rçdlihs, C- 263/11 , Rec. p. I-0000, apartado 59)».*

*Y cuando analiza la categoría de la nulidad, en orden a si cualquier decisión que limite o relativice la aplicación del artículo 1303 del Código Civil , sea cualitativa o cuantitativamente violenta el sentido de la norma y debe ser rechazada, añade "la nulidad se diseñó en el Código Civil en íntima y lógica conexión con las figuras negociales existentes en la segunda mitad del siglo XIX, tomando como referencia el contrato de compraventa, caracterizado por la entrega de la cosa y del precio, como objeto de las recíprocas prestaciones, sin que en aquel momento se planteasen otros supuestos obligacionales que solo la evolución socioeconómica, la globalización, el avance tecnológico o científico han hecho posibles y a los que hay que dar respuesta, tanto en orden a su regulación como a las consecuencias que pudieran derivarse de su anulación o resolución.*



Y en este contexto, al lado de la nulidad clásica, sea de pleno derecho o nulidad radica, sea anulabilidad o sea nulidad relativa (que algunos autores ven un *tertiumgenus*), han aparecido también otras situaciones, que la ley castiga con la sanción de nulidad, pero no con fundamento en los postulados tradicionales, sino por infracción de normas orientadas a la protección de determinados bienes jurídicos que en un cierto momento la sociedad considera dignos de tutela, como puede ser la necesidad de salvaguardar la igualdad entre las partes y el equilibrio de las prestaciones, la protección del consumidor...

Como recuerda el profesor/magistrado Sr. Orduña Moreno en su publicación "Control de transparencia y cláusulas suelo", en función del origen o fundamento de la nulidad declarada podemos distinguir entre la "nulidad contractual de carácter estructural", que vendría determinada por el incumplimiento de los requisitos que configuran el negocio jurídico en sentido clásico, ya el marco de la nulidad de pleno derecho (por ausencia radical de tales elementos constitutivos como el requisito de forma *ad solemnitatem*, la falta absoluta del consentimiento, falta de objeto o ilicitud de la causa), ya en el área de la anulabilidad (vicios del consentimiento...), de la "nulidad funcional" o delimitadora, que resulta del control de contenido y del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación.

En el fondo, la diferencia viene motivada por la evolución de la teoría del negocio jurídico y la incesante aparición de nuevas modalidades contractuales, muchas de ellas carentes de regulación específica y, en todo caso muy por delante del siempre tardío abordaje normativo, de forma que el único parámetro de control termina siendo el sistema de protección establecido, con carácter general en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 19 de noviembre, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, o, en ámbitos más específicos como el bancario o financiero, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y normativa de desarrollo (v.gr. RD 217/2008, de 15 de febrero), las Directivas 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, y 2009/29/CE, de 23 de abril de 2009, entre otras.

Pues bien, la declaración de nulidad no comporta en todo caso y al margen del origen o defecto que la motivó el régimen sancionatorio previsto en el art. 1303 CC, sino que la determinación de sus consecuencias debe realizarse atendiendo a la naturaleza de la relación jurídica que se anula y a la causa que provoca la nulidad, de modo que su castigo se adecuó a la tipología del negocio o de la estipulación anulada y las circunstancias que confluieron para decretar su nulidad.

Mientras que en el caso de una nulidad estructural, la finalidad pretendida es devolver las cosas al estado que tenían inmediatamente antes del negocio, tomando como ejemplo el contrato de compraventa, que es el esquema que el legislador tenía en mente al redactar el art. 1303 CC, en cambio, en el supuesto de una nulidad funcional, el objetivo no es castigar la existencia de un vicio o defecto estructural del contrato o de algunos de sus elementos en sí mismos considerados, sino depurar o limpiar aquellos aspectos que incumplen las medidas o controles valorativos establecidos para garantizar la corrección de la cláusula y que su inserción en el contenido contractual se realiza de manera transparente y leal.

De ahí que, al declarar la nulidad funcional, por ejemplo de una cláusula suelo por falta de transparencia, como es el caso, el Juez pueda y deba "delimitar el desarrollo de la eficacia contractual pudiendo provocar, en su caso, una suerte de ineficacia funcional que no se rige por el régimen típico de la nulidad del contrato", sino que habrá que modular acomodando el régimen sancionatorio del art. 1303 CC a esa ineficacia funcional derivada del hecho de que la cláusula o condición general de la contratación no hay superado el filtro o control establecido.

En definitiva, tratándose de la nulidad de una cláusula suelo por falta de transparencia, el art. 1303 CC no actúa automáticamente, ni, en consecuencia, la declaración de nulidad despliega todos sus efectos con carácter retroactivo al momento de perfección del contrato, puesto que no se trata de restituir el estado de cosas a la situación primitiva, sino de expulsar la cláusula del contrato y tenerla por no puesta, que es lo que ordenan tanto el art. 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios como el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, de forma que en estos casos la regla de la retroactividad deberá ser modulada en atención a la estructura de la eficacia contractual ya desplegada.

Incluso sin acudir a los desarrollos de la moderna doctrina, el ejemplo lo tenemos en figuras contractuales tan próximas y tradicionales como el contrato de arrendamiento de cosas o servicios. Piénsese en un arrendamiento de vivienda que, años después de su celebración, se anula por cualquiera de los motivos legalmente previstos; no podemos aplicar el art. 1303 CC con efectos retroactivos porque, aunque la renta pudiera reembolsarse, ¿qué pasa con el uso de la vivienda? Y, lógicamente, no puede imponerse la devolución del alquiler cuando el disfrute del inmueble ya se ha producido y no puede volverse atrás.

El problema, que es extensible al resto de contratos de tracto sucesivo con alguna salvedad como el préstamo u otros en que las obligaciones se circunscriban a prestaciones dinerarias o cosas fungibles, no puede resolverse





mediante la aplicación rutinaria del art. 1303 CC , sino que habrá que adaptar el precepto, y por tanto la fuerza de la retroactividad, a las circunstancias concurrentes, so pena de llevar a consecuencias no queridas por la propia norma.

Una cosa es que, como regla general, la nulidad del contrato o de alguna cláusula específica comporte la restitución prevista en el art. 1303 CC , al haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar (lo que es nulo no produce ningún efecto), dado que ésta se queda sin causa que la justifique, y otra cosa muy distinta es que esta regla opere en todo caso y sin tener en cuenta el concreto resultado a que conduciría la vuelta atrás de la reglamentación negocial.

En este sentido la STS de 13 de marzo de 2013 , tras recordar la aplicación del art. 1303 CC como regla general, señaló: "No obstante, la "restitutio" no opera con el automatismo que le atribuye la recurrente. Antes bien, el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula que contienen los artículos identificados en los dos motivos 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 -sentencias 485/2000, de 16 de mayo, y 571/2008, de 23 de junio- y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad. Es el caso, por ejemplo, de relaciones integradas por obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes - sentencia 109/2009, de 26 de febrero -, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida."

Y la misma sentencia concluye: "Por lo tanto, pese a la constancia de que la atribución no tuvo causa, la condena a restituir dependerá de que se haya producido el enriquecimiento."

La STS de 26 de febrero de 2009 abunda en la misma línea al interpretar los efectos de la declaración de nulidad de contrato de abanderamiento: "la restitución recíproca de las prestaciones establecida en el art. 1303 CC puede tener unos límites racionales similares a los que la jurisprudencia ha reconocido para algunos casos de resolución contractual (p. ej. SSTS 17-7-07 y 28-6-77 ). Este imposible retorno de los efectos de un contrato nulo que ha estado ejecutándose durante años se advierte especialmente en casos, como el presente, de contratos complejos con una prestación principal de suministro para revender, pues entonces resulta que el abastecido, en este caso la mercantil titular de la estación de servicio, ha vendido a su vez el carburante a terceros lucrándose en la reventa. Esto supone, de un lado, que los efectos de la nulidad no puedan ser absolutos o ilimitados, pues nunca podrían alcanzar a las ventas de carburante hechas en la estación de servicio a los consumidores finales; y de otro, que unos efectos limitados como los que propone la parte demandada-reconviniente, planteándolos ahora desde la perspectiva del enriquecimiento injusto, tampoco sean procedentes porque, en rigor, esta misma perspectiva exigiría computar no sólo la ganancia de esa misma parte litigante en la reventa del carburante a los consumidores finales sino también, como con razón alega la parte recurrida al oponerse a este motivo, las ventajas derivadas de su abanderamiento por SHELL y de otras prestaciones de ésta que también son irreversibles..."

E igualmente, la STS de 15 de abril de 2009 : "En lo que aquí ahora interesa, matiza la Sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2000 que «el precepto anterior puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas (como la propia parte recurrente implícitamente reconoce), de carácter complementario, o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y sgs.) y los relativos a la liquidación del estado posesorio, (arts. 452 y sgs), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto»."

No estamos, pues, ante una doctrina planteada ex novo con motivo de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, y menos aún ante una decisión que excepcione la "ordinaria" aplicación del art. 1303 CC , sino ante una línea jurisprudencial consolidada, en la que se puede citar igualmente la STS de 15 de enero de 2010 que, en esencia, supone que el art. 1303 CC no puede aplicarse mecánica y literalmente con independencia de la figura contractual de que se trate o de la causa de la nulidad, sino que la restitución de las recíprocas prestaciones habrá de ajustarse racionalmente de conformidad con las circunstancias concurrentes y principios generales, entre los que destacan la prohibición del enriquecimiento injusto, la seguridad jurídica, la buena fe o el orden público económico".

En similar sentido se han pronunciado distintas Audiencias, entre otras, Burgos 25-01-2014, que cita a su vez las de Cáceres, 8-11-203, Córdoba 31-10-2013, Cádiz 17-05-2013 y Madrid 23 de julio de 2013; Córdoba 12-06-13, Cáceres 2-10-13 y de Alicante de 12-07-2013 citada en la propia resolución recurrida. "

d) Porque, como indica la SAP Granada (Sección 3ª) citada, pese a la escasa incidencia económica de la declaración de nulidad, sí que conserva una considerable trascendencia en el orden público la declaración de





retroactividad de la nulidad, ya que afectaría al principio de seguridad jurídica, pretensión perseguida sin duda por el TS al dictar su sentencia con el Pleno del mismo.

e) Porque en el caso presente, pueden predicarse todas las razones tenidas en cuenta por el TS para declarar la no retroactividad de la nulidad, ya que siendo las cláusulas sustancialmente idénticas a las que fueron objeto de análisis por el TS, la parte demandante no ha aportado prueba alguna para desvirtuar que concurren las extraordinarias circunstancias que nos llevan a defender la misma conclusión que el TS. En efecto, la buena fe de los implicados y el constatable riesgo de trastornos graves para el orden público y para la economía, aconsejan que se limite el efecto propio del artículo 1.303 del CC .

Por tanto, no procede acoger la pretensión de condena deducida por la parte demandante en su demanda, salvo en lo que se refiere a las cantidades indebidamente cobradas con posterioridad a la publicación de la STS Pleno de 9 de mayo de 2.013 . Procede, por tanto, estimar parcialmente la demanda.

#### **SEPTIMO.- Costas procesales .**

De conformidad con el artículo 394 de la LEC , en caso de estimación parcial de la demanda, no se impondrán las costas procesales, debiendo cada parte sufragar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Añadir en el presente caso, atendidas las dudas de hecho y de derecho que presenta la cuestión, así como el estado de la doctrina y la jurisprudencia, procede no hacer especial pronunciamiento sobre las costas del proceso.

Visto lo anterior,

#### **FALLO**

Que con ESTIMACIÓN de la demanda presentada por Don Victoriano y Doña Visitacion , representado por el Procurador de los tribunales Don Antonio Ferragut Cabanellas, contra la entidad bancaria Caja España S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Buades Garau debo:

1. DECLARAR Y DECLARO la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la estipulación del cláusula tercera Bis , de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 4 de marzo de 2009 , que reza "*...sin que, en ningún caso, el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior al 3 por ciento* "
2. CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a eliminar dicha condición general de la contratación de la escritura de préstamo hipotecario arriba citada y suscrita entre los actores y la demandada de fecha 4 de marzo de 2009
3. CONDENAR Y CONDENO a la demandada a pagar la cantidad abonada de más por el actor por culpa de la aplicación de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013 hasta la fecha de que se deje de aplicar.
4. CONDENAR Y CONDNEO a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable concertado con los actores, contabilizando el capital que debió ser amortizado, en la cuantía que se liquide posteriormente.

Todo ello sin expresa condena en costas procesales, debiendo cada parte sufragar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, el cual deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS a contar desde la fecha de su efectiva notificación.

Así por esta mi Sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el juez don Víctor Manuel Casaleiro Ríos, mientras celebraba audiencia pública en el día de su fecha el Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca número 1, de lo que como Secretario certifico.