



DHR ABOGADO

C/ Hernán Cortés 3, 4º pta 11

46004 VALENCIA

www.dhrabogado.com/Clausulas-suelo

Tlf. 676 952 648

info@dhrabogado.com

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE CADIZ

Audiencia Provincial, C/ Cuestas de las Calesas s/n

Tlf.: 956-011688-89/956,011700. Fax: 956,011701

NIG: 1101242M20130000493

Procedimiento: Juicio Ordinario 604/2013. Negociado: V

Sobre

De: D/ña.

Procurador/a Sr./a.: CARLOS JAVIER DOMINGUEZ RODRIGUEZ

Letrado/a Sr./a.:

Contra D/ña.: CAIXABANK

Procurador/a Sr./a.: MAURICIO GORDILLO ALCALA

Letrado/a Sr./a.:

CARLOS J. DOMINGUEZ RODRIGUEZ

**PROCURADOR
DE LOS TRIBUNALES**

C/ JAVIER DE BURGOS, Nº 26 - 2º A
11001, CÁDIZ, CÁDIZ

Tel:956213865-616529225 Fax:956213865
carlos@dominguezprocurador.com

NOTIFICADO

16/09/2014

SENTENCIA

En la ciudad de Cádiz, a cuatro de septiembre de 2014. Han sido vistos por mí, D^a Elizabeth López Bermejo, Magistrada-Juez en régimen de sustitución del Juzgado nº 1 de lo Mercantil de Cádiz, los autos de juicio ordinario nº 604/2013, en los que son partes, como demandante, DON XXXXXXXX, representados por el Procurador de los Tribunales Don Carlos Javier Domínguez Rodríguez, y asistida por el Letrado Don Daniel Hernández Ros, y, como demandada, la mercantil "CAIXABANK S.A.", representada por el Procurador Don Mauricio Gordillo Alcala, y asistida por el Letrado Don Pedro Hernández Carrillo Fuentes, cuyo objeto es nulidad de condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 25 de junio de 2013, por el Procurador de los Tribunales Don Carlos Javier Domínguez Rodríguez, en la representación que tiene acreditada en autos se presente demanda de juicio ordinario sobre declaración de nulidad de **condición** general de la contratación frente a la entidad CAIXABANK, S. A., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso, solicitaba una sentencia por la que, estimando la demanda, se declarase la nulidad de la **condición** general de la contratación que figura descrita en el hecho primero de la demanda, es decir, la cláusula del contrato de préstamo a interés variable que establece un tipo mínimo de interés, por

tener el carácter de abusiva; se condenase a la entidad financiera a eliminar dicha **condición** del contrato de préstamo hipotecario, con subsistencia del contrato; se condenase a la entidad demandada a la devolución al prestatario de la cantidad que han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro, así como a devolver al prestatario todas aquellas cantidades que éste vaya pagando de más por la aplicación de la referida cláusula suelo, durante la tramitación de este procedimiento, conforme a las bases que detalla, con los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito. y así mismo a recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario. Asimismo, solicitaba la condena en costas de la entidad demandada.

SEGUNDO.- Por decreto de 29 de julio de 2013, se admitió a trámite la demanda y se acordó emplazar a la demandada para contestación.

TERCERO.- Contestada la demanda en fecha 20 de diciembre de 2013, por Diligencia de Ordenación de 21 de enero de 2.014, se convocó a ambas partes para la celebración de la audiencia previa el día 3 de septiembre de 2014, a las 10:00 horas.

CUARTO.- En dicho acto, ambas partes se ratificaron en sus escritos de demanda y contestación, se celebró la audiencia previa, comparecieron a ella debidamente asistidas las partes, se declaró abierto el acto, se comprobó la subsistencia del litigio al no llegar a ningún acuerdo y se resolvieron las cuestiones procesales planteadas por la parte demandada. Tras ello las partes procedieron a fijar los hechos en los que existía disconformidad y conformidad, no llegando a ningún acuerdo tras ser exhortados a ello por este Juzgado por lo que se procedió a proponer por la parte actora como medios de prueba documental y por la parte demandada documental, de conformidad con lo estipulado en el artículo 429.8 LEC por lo que quedaron los autos pendientes de sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales en cuanto a los plazos para el dictado de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora, solicita que se declare la nulidad de la cláusula suelo incorporada al contrato de compraventa de préstamo hipotecario con subrogación y novación que tiene

suscrito con la entidad CAIXABANK S.A. por tener el carácter de abusiva. Pide, asimismo, que se condene a la entidad financiera a eliminar dicha **condición** del contrato de préstamo hipotecario y a la devolución al prestatario de la cantidad que han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro, así como a devolver al prestatario todas aquellas cantidades que éste vaya pagando de más por la aplicación de la referida cláusula suelo, durante la tramitación de este procedimiento, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito, más las costas del procedimiento. Manifiesta el demandante que en fecha 25 de noviembre de 2009 firmó escritura de subrogación y novación modificativa de préstamo hipotecario, figurando inserta una cláusula de límite a la variación de tipo de interés con un tipo de interés mínimo de referencia al 3,95%, (conocida como cláusula "suelo"), mediante la cual por mucho de baje el tipo de referencia, siempre se aplicará el tipo mínimo del 3,95 %. Estima la parte actora que nos encontramos ante una **condición** general de la contratación de carácter abusivo por tratarse de una cláusula no negociada individualmente incorporada de manera generalizada por la entidad bancaria que transgrede el principio de buena fe contractual al ocasionar en perjuicio del cliente un desequilibrio de las obligaciones injustificado y favorable a una sola de las partes (la entidad demandada). Todo ello, según la versión de los hechos que ofrece la parte actora, quien ejercita su acción al amparo de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de **Condiciones** Generales de la Contratación y 3 , 8 , 9 , 80 , 82 , 83 , 87 y 89 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la defensa de los **Consumidores** y Usuarios, modificada por 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 y otras leyes complementarias. La parte demandada, la entidad CAIXABANK S. A., se opuso a la demanda presentada de contrario, pidiendo el dictado de una sentencia desestimatoria de la misma, manifestando que ni el establecimiento de la cláusula fue resultado de una imposición, ni ha existido abuso por la entidad bancaria, que no ha establecido unilateralmente la configuración del préstamo de los actores, siendo el resultado de una negociación.

SEGUNDO.- Con carácter previo resulta interesante en el presente procedimiento fijar los hechos que han resultado probados a la vista del material probatorio que consta en autos: 1) En fecha 25 de noviembre de 2009, el actor suscribió

escritura pública de subrogación y novación modificativa de préstamo hipotecario, ante el Notario de la localidad de Jerez de La Línea de La Concepción, Don Jesús María Vega Negueruela - documento 1 de la demanda-. En el folio 2 de la escritura se recoge, que la **mercantil "PROMAGA S.A."**, vendió a DON JOSE LUIS BOTE DIAZ, la finca registral nº 46251 del Registro de la Propiedad de La Línea de La Concepción, sujeta a préstamo hipotecario concertado con la entidad CAJASOL. A. En la Cláusula décima de la escritura se recogen las estipulaciones que conciernen a la novación modificativa, concertando la entidad prestamista con el demandante prestatario una modificación de la cláusula relativa al tipo de interés, pactándose un tipo de interés fijo para un primer periodo, al 3,95 % nominal anual y, transcurrido dicho primer periodo, se aplicaría un tipo de interés variable, referido al EURIBOR a un año, adicionado un diferencial del 0,90 %.). Fijándose como tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato el del 3,95% y como tipo de interés nominal máximo el 15%. 3) En la escritura no se recoge ningún tipo de advertencia del Notario sobre la inclusión de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés. 4) El tipo de interés resultante de sumar el diferencial al tipo de referencia ha sido inferior al 3,95 por cien nominal anual a partir del mes de abril de 2009, por ello, se ha aplicado el tipo mínimo previsto en la póliza, activándose la cláusula suelo recogida en la escritura (documento 3 de la demanda, no impugnado por la parte contraria).

TERCERO.- Previamente a analizar el resultado de la prueba practicada en autos, ha de partirse del cuadro normativo aplicable a los presentes autos, así como de las principales posturas que se mantienen por los Juzgados de lo Mercantil y las Audiencias cuando ejercitan acciones como la que nos ocupa, tomando como referencia para ello el artículo publicado por Dña. Josefina, "El control de las cláusulas abusivas en la contratación con **consumidores** en la jurisprudencia". Respecto de la normativa aplicable, en el ámbito comunitario contamos con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, y la reciente Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los **consumidores**, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. El art. 3 de la Directiva 93/13/CEE define las cláusulas abusivas en los siguientes términos: "1. Las cláusulas contractuales que no se

hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del **consumidor** un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el **consumidor** no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas." Por tanto, se considera que una cláusula no negociada es abusiva cuando causa, en detrimento del **consumidor**, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato. La Directiva no se aplica a las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas; disposiciones de convenios internacionales donde los Estados miembros o la Comunidad son parte (art. 1.2 Directiva) La apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual tiene en cuenta: la naturaleza de los bienes o servicios que son objeto del contrato; las circunstancias que concurran en la celebración del contrato; las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa. En el ordenamiento nacional, nos encontramos con el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de **Consumidores** y Usuarios (TRLGCU), y la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre **Condiciones** Generales de la Contratación (LCGC). El art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre **Condiciones** Generales de la Contratación (LCGC) define las **condiciones** generales de la contratación diciendo: "Son **condiciones** generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos". La LCGC tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, así como la regulación de las **condiciones** generales de la contratación. La Exposición de Motivos de la LCGC se refiere a las cláusulas abusivas y

contiene una remisión a la Ley General de **Consumidores** y Usuarios. La referencia a esta Ley debe entenderse al Texto Refundido de la misma de 16 de noviembre de 2007. Señala la Exposición de Motivos de la LCGC: "Una cláusula es **condición** general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del **consumidor** un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de **condición** general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. Las **condiciones** generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los **consumidores**. En uno y otro caso, se exige que las **condiciones** generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un **consumidor**, que no sean abusivas. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los **consumidores**. Y puede darse tanto en **condiciones** generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el **consumidor** se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual. Esto no quiere decir que en las **condiciones** generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. En este sentido, sólo cuando exista un **consumidor** frente a un profesional es cuando opera plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la ley, en concreto en la disp. adic. 1ª Ley 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, que ahora se introduce. De conformidad con la directiva transpuesta, el **consumidor** protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional." La regulación de la LGCC ha de ser completada, por tanto, con lo dispuesto en Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de **Consumidores** y Usuarios (TRLGCU). El art. 80 TRLGCU establece los siguientes requisitos de la cláusulas no negociadas individualmente: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se

faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; 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; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Y, en concreto, en el art. 82.1 TRLGCU encontramos la definición de cláusula abusiva. Señala el mencionado precepto: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del **consumidor** y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato." El carácter abusivo de una cláusula debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. El art. 82.4 TRLCU considera en todo caso cláusulas abusivas las que: vinculen el contrato a la voluntad del empresario; limiten los derechos del **consumidor** y usuario; determinen la falta de reciprocidad en el contrato; impongan al **consumidor** y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. Este precepto es desarrollado por el TRLCU en los arts. 85 a 90.

El art. 8 de la LCGC sanciona con nulidad a las **condiciones** generales que sean abusivas. Dicho precepto, tras declarar en su apartado 1º que son nulas de pleno derecho las **condiciones** generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, en su apartado 2º, declara nulas en particular, las **condiciones** generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un **consumidor**, remitiéndose a la normativa de **consumidores** y usuarios (en la dicción literal, al art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, y tras el RDLeg. 1/2007, habrá que entender por tales las enumeradas en los arts. 85 a 90 TRLGCU, a los que nos hemos referido en el apartado anterior) El art. 10 LCGC regula los efectos de la declaración de no incorporación al contrato de las cláusulas de las **condiciones** generales o de nulidad de las mismas, previendo que las mismas

no determinarán la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo (arts. 1281 a 1289 CC). Respecto de la *postura de los Tribunales*, existían, antes de que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictara su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo , dos posiciones encontradas. Por un lado, la de aquellos Juzgados que estimaban que la cláusula suelo era nula, en tanto que **condición** general de la contratación de carácter abusivo, por lo que condenaban a la entidad a eliminar la cláusula del contrato y a devolver al prestatario las cantidades cobradas de más por aplicación de dicha cláusula, entendiendo que la cláusula en cuestión no afecta a un elemento esencial del contrato (en este sentido, Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 y del Juzgado de lo Mercantil de León de 11 de marzo de 2011). Y, por otro lado, las sentencias que estiman que este tipo de cláusula no beneficia exclusivamente a la entidad financiera y, por tanto, consideran que no es nula por abusiva (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 9 de Madrid de 12 de septiembre de 2011). El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido recientemente ocasión de pronunciarse sobre el tema que nos ocupa en su sentencia 241/2013, de fecha 9 de mayo . El Alto Tribunal, después de calificar la cláusula suelo como **condición** general de la contratación, concluye que dicha cláusula es lícita siempre que su transparencia permita al **consumidor** identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos, siendo necesario que esté perfectamente informado - el **consumidor**- del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio. En definitiva, la STS (Pleno) 9 de mayo de 2013 , al calificar como elemento definitorio del objeto principal del contrato de préstamo hipotecario las llamadas cláusulas suelo en los intereses variables que constituyen el objeto del contrato, ha venido a sentar que la falta de transposición formal en España del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas no supone que el Derecho vigente en nuestro país permita un control judicial del contenido material de las cláusulas que definen el objeto principal del

contrato ni la relación calidad/ precio. Entiende el Alto Tribunal que no cabe un control material de dichas cláusulas como abusivas, sino tan sólo un control de transparencia, estimando que en los contratos celebrados con **consumidores** existe un doble control o filtro de transparencia : por una parte, un primer control de incorporación establecido por los requisitos de transparencia propios de la Ley de **Condiciones** Generales 6 de la Contratación "que 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" y, por otra parte, un específico control de transparencia propio de los contratos de consumo y derivado del TR-LGDCU para las cláusulas no negociadas, que "incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Dicho en otros términos, como apunta el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja, D. Eutimio , en su artículo para el Centro de Estudios de Consumo "No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia", , "la STS viene a entender que existe un primer control de transparencia documental para todas las **condiciones** generales que, superado, permite su incorporación y un segundo control de transparencia reforzado o específico para los elementos esenciales del contrato, que ha de permitir al **consumidor** poder conocer con sencillez tanto la "carga económica" del contrato como la "carga jurídica" en el sentido de definición clara de la distribución de riesgos derivados de él; de no superarse este segundo control, la cláusula puede ser declarada abusiva". Por *Auto de 3 de junio de 2013* , la Sala Primera del Tribunal Supremo dio respuesta a la petición de aclaración de su Sentencia de fecha 9 de mayo de 2.013 , expresando, respecto del juicio de transparencia, que el apartado séptimo del fallo de la sentencia identificó seis motivos diferentes cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes, pero no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, para apreciar la falta de transparencia y tampoco se requiere que concurren todas para que una cláusula pueda considerarse no transparente. Asimismo, dice el Tribunal Supremo en el citado Auto que "El hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el **consumidor** durante un período 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 tiene por finalidad exclusiva proteger

los intereses del prestamista frente a las bajadas del índice de referencia". Por último, y en cuanto a la información que debe facilitarse al cliente y los mecanismos por medio de los cuales puede considerarse suficientemente informado el **consumidor** en cada caso, indica el Tribunal que no existen medios tasados para obtener el resultado y se requiere que el **consumidor** esté perfectamente informado, no bastando con el cumplimiento de determinadas fórmulas - oferta vinculante- "tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real". Como indica la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Santander, de 18 de octubre de 2.013 "El TS concluye que la cláusulas suelo forman parte inescindible del precio y por tanto definen el objeto principal del contrato, y en cuanto a la posibilidad (por la vía del artículo 8) de controlar el contenido de estas **condiciones** generales, entiende que pese a que las SSTs 401 (RJ 2010, 6554) y 861 de 2010 (RJ 2011, 148) apuntaron esta posibilidad más o menos obiter dicta, esta opción fue cegada por la STS 406/2012 (RJ 2012, 8857). De este modo no cabe un control de equilibrio, pero sí un doble control de transparencia que el propio art. 4.2 in fine habilita. Este razonamiento suscita opciones discrepantes en la doctrina, pero sienta claramente la consideración de la cláusula como definidora del objeto del contrato, y excluye el control de contenido, remitiendo como veremos, a un control de incorporación y un doble control de transparencia. Así, González Carrasco (Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS de 9 de mayo de 2013, Revista CESCO de Derecho de Consumo nº 6/2013), entendiendo que es un elemento accesorio de la fijación del precio del préstamo constituyendo una cláusula limitativa a la variación de los tipos de interés en préstamos a interés variable que actúa a modo de cobertura de riesgo, si bien como indica Pertíñez Vílchez (InDret, Revista para el análisis del Derecho nº 3 de 2013) el problema (relevante en relación a las cláusulas que sin contener directamente la extensión o magnitud del precio inciden directamente en su cálculo o determinación) se "atenúa y desdramatiza" desde el momento en que se permite el control también de las cláusulas sobre precio o contraprestación si no son transparentes. Fernández Seijo (La protección del **consumidor** en los procesos de ejecución, Ed. Bosch) destaca que la limitación del art 4.2 de la Directiva no existe en nuestro ordenamiento interno (ni en la LCGC -que como indica la STS de 12-12-11 (RJ 2012, 37) dejó este precepto fuera de su contenido reformador- ni en el TRLCU) se plantea la aplicación de los mecanismos excepcionales de control de oficio por el Juez (propio del derecho comunitario) para la detección y eliminación de todas

las cláusulas abusivas o solo en los casos en que no se afecte al objeto principal. Si bien un sector importante de la doctrina (Sarazá y Vela) se muestra contrario al control de contenido de las cláusulas que conforman el objeto principal del contrato (porque es la 7 consideración a los mismos -precio y prestación- la que ha movido al **consumidor** a contratar), lo cierto es que la ley 1/2013 al establecer los instrumentos de control de oficio de las cláusulas abusivas no establece distinciones, careciendo de sentido habilitar una vía tan amplia en los procesos de ejecución y vedarla en los declarativos. Además, en los procedimientos en los que se han debatido instrumentos básicos para fijar la deuda final (redondeo, intereses moratorios) se ha permitido el control de contenido de dichas cláusulas. Concluye así que en definitiva resulta más sencillo aceptar sin limitaciones el control de abusividad incluso de los elementos definidores del objeto del contrato que no intentar forzar los criterios de interpretación para permitir el control de las cláusulas que de un modo u otro afectan directamente al precio de los servicios o productos". Dicho esto, ¿en qué preceptos reside el Alto Tribunal el control reforzado de transparencia? El Tribunal Supremo reside este control reforzado de transparencia en el artículo 80 TRLGDCU 2007 (párr. 210), que dispone que "1. En los contratos con **consumidores** y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. 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 lo establecido en el artículo 63.1, en los casos de contratación telefónica o electrónica con **condiciones** generales será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al **consumidor** y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del **consumidor** y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán todos los términos de la misma. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación

corresponde al predisponente. El cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento del **consumidor** y usuario en la contratación telefónica o electrónica con **condiciones** generales, en los supuestos en que reglamentariamente esté previsto, se regirá por lo dispuesto en el artículo 71. c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al **consumidor**". Algún autor (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario". Revista InDret, Julio 2.013) estima que no se ha acertado por parte del Alto Tribunal a la hora de ubicar el fundamento normativo del doble filtro en el artículo 80 TRLGDCU, toda vez que este precepto alude a los requisitos de inclusión documental, ya recogidos en el artículo 5 LCGC, y su ámbito de aplicación es el de todas las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con **consumidores**, incluyendo tanto aquellas que se refieren al objeto principal del contrato, como el resto de cláusulas (de contenido normativo), entendiendo que hubiera sido más adecuado indicar que el apoyo legal de dicho control reforzado de transparencia viene constituido por el artículo 60 TRLGDCU, del que se desprende un deber general de informar antes de la celebración del contrato sobre el precio total del producto o servicio y sobre las características esenciales de los bienes o servicios objeto del mismo, o incluso por el artículo 7.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), sobre "omisiones engañosas", conforme al cual "1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto". La consecuencia jurídica de que la cláusula suelo no sea transparente en los casos analizados es que la misma será abusiva, por contraria a la buena fe (artículo 82 TRLGDCU), al no haber ofrecido al **consumidor** la información necesaria para que el mismo pueda contratar con pleno conocimiento de causa. 8 El dictado de la STS de 9 de mayo de 2013 no ha cerrado el debate sobre las cláusulas suelo, como ponen de manifiesto las distintas resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil y de Audiencias Provinciales dictadas con

posterioridad que, con carácter general, han declarado la nulidad de la referida cláusula, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9 LCGC, pero no existe unanimidad en cuanto a las consecuencias de dicha declaración de nulidad, debatiéndose si procede, tras el dictado de la resolución del Alto Tribunal la devolución de las cantidades abonadas de más por los prestatarios por la aplicación de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés del préstamo con garantía hipotecaria, como se analizará con posterioridad, al tratar de las consecuencias de la estimación de la acción entablada.

CUARTO.- Dicho lo anterior, centradas así las posiciones de las partes y efectuado el relato de hechos en el fundamento jurídico segundo, debe tenerse en cuenta que, en todo caso, corresponde a la parte actora la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, y a la parte demandada los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de aquellos, según el criterio general de carga de la prueba establecido en el art. 217.2 y 3 de la nueva L.E.C . La demanda, siendo posterior a la STS de 9-5-2013 parte de un planteamiento (centrado en la abusividad de la cláusula por falta de reciprocidad), analizado detalladamente por la referida sentencia, por lo que, en atención a la STS, deberemos analizar si la cláusula discutida puede ser considerada o no como **condición** general de la contratación (hecho discutido por la parte demandada, al indicar que ha existido negociación individual del contrato). En segundo lugar, se analizarán los términos en que dicha cláusula fue incluida en el préstamo, si hubo información al respecto al **consumidor** y, en definitiva, si supera o no el doble control de transparencia en los términos indicados por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Por último, en el caso de que se estime que la estipulación no supera dicho control, habrán de analizarse los efectos de la declaración de nulidad, tanto en cuanto a la subsistencia del contrato, como en lo que se refiere a si procede o no la aplicación del artículo 1.303 Cciv y la consiguiente devolución de cantidades.

QUINTO.- *Cláusula suelo como **condición** general de la contratación.* CAIXABANK S. A., sostiene que el préstamo que contiene la cláusula discutida fue negociado y aceptado en todos sus términos por el actor, indicando que sólo fruto de esa negociación logró las **condiciones** más favorables para él. Para acreditar este extremo, aporta varias escrituras de préstamo, que contienen diferentes límites a la variación a la

baja del tipo de interés. Ello, según la demandada, acredita que hubo una negociación del préstamo, negociación que excluiría la calificación de la cláusula como **condición** general de la contratación. Planteada dicha cuestión, se ha de partir del contenido del **artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC)**, conforme al cual: "1. Son **condiciones** generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión". Deben concurrir, por tanto, cuatro requisitos para que una cláusula sea calificada como **condición** general de la contratación (y así se recoge en la STS 9/05/2013): 1º Contractualidad, esto es, que la inserción de la cláusula en el contrato no sea consecuencia del acatamiento de una norma imperativa. 2º Predisposición (en el sentido de cláusula prerradactada) 3º Imposición por una de las partes. 4º Utilización en una pluralidad de contratos. Suelen defender, a este respecto, las entidades financieras que dado que la firma del préstamo con garantía hipotecaria va precedida de una negociación, con entrega de una oferta vinculante, regulada minuciosamente en la OM 5 de mayo de 1994, sustituida por la OM de 28 de octubre de 2011, nunca podríamos estar ante una **condición** general de la contratación. Incluso se decía que no podía ser calificada como tal **condición** general de la contratación por afectar a un elemento esencial del contrato, el precio y, precisamente por ello, el **consumidor** conoce la cláusula y la acepta libre y voluntariamente (en este sentido, la SAP Sevilla de 7 de octubre de 2.011). Esta cuestión ha quedado definitivamente zanjada por la STS de 9 de mayo de 2013 citada que viene a decir que: a) El hecho de que se refieran - las cláusulas suelo- al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como **condición** general de la contratación, ya que esta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. b) El conocimiento de una cláusula -sea o no **condición** general o **condición** particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes. c) No excluye la naturaleza

de **condición** general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial. Concluyendo que: "a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el **consumidor** no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a **condiciones** generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la **condición** de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los **consumidores**, recae sobre el empresario". En el caso de autos, el hecho de que se hayan modificado ciertos aspectos del contrato de préstamo con respecto del originario que tenía suscrito la vendedora de la finca hipotecada no excluye la calificación de la cláusula como **condición** general de la contratación. Tampoco lo excluye el hecho de que la entidad tenga varias ofertas de préstamo que incluyan límites a la variación del tipo de interés en diferente cuantía. Incumbiéndole a la entidad demandada acreditar que la cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en una pluralidad de ofertas de contrato, se concluye que la prueba practicada (documental,) no ha desvirtuado la prerredacción unilateral de la cláusula por la entidad demandada con el propósito de incorporarla a una pluralidad de contratos sin negociación individual en los términos indicados.

SEXTO.- Admitido, conforme a la STS de 9 de mayo de 2013 , que la cláusula suelo es una **condición** general de la contratación deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente del significado jurídico y económico que para él podía derivarse de la inclusión de la cláusula en el contrato. Recuérdese el especial deber de información que debe adornar la contratación bancaria y la actuación de las entidades financieras en general, en el sentido de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, por la especial complejidad del sector financiero y la contratación en masa, pues sólo un **consumidor** bien informado puede elegir el producto que mejor

le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación. La entidad demandada centra su defensa en el hecho de que, según alega, la cláusula cuya nulidad se postula fue negociada y aceptada expresamente por el actor, no pudiendo afirmarse que se trate de una cláusula oscura o incomprensible, señalando que, además, no ha sido camuflada dentro de la propia escritura de préstamo hipotecario, pues se recoge en la estipulación relativa al tipo de interés variable, comprendiendo el demandante perfectamente la cláusula por la que se recogía el límite a la variación del tipo de interés. En todo caso, lo que no se ha probado por la entidad demandada es que la misma haya cumplido con su deber de transparencia en los términos definidos por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia citada de 9 de mayo (con su aclaración de 3 de junio), pues, no se ha probado por AIXABANK, S. A., que haya informado perfectamente a su cliente del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo hiciera previsible, estuviera informado de que lo estipulado era un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirían o lo harían de forma imperceptible en su beneficio. Efectivamente, el Tribunal Supremo admite en su sentencia que la cláusula analizada supera los requisitos de incorporación al contrato. En dicha Sentencia número 241/2013, de 9 de mayo, comienza por examinar si la cláusula en cuestión supera los requisitos de incorporación (documental), para concluir que, aunque se cumplan los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, complitud, legibilidad y que se facilite un ejemplar al adherente (artículos 5 y 7 LCGC), con ello no acaba el análisis, pues, si bien la cláusula puede haber superado el control de inclusión documental (en el sentido de transparencia formal), cuando la misma contribuye a definir el objeto principal del contrato, puede no ser válida porque se considere que no es transparente. En palabras del Prof. Pertíñez Vílchez "El argumento tiene el mérito de haber derribado un muro dogmático que identificaba, por una parte, la transparencia de las **condiciones** generales con los requisitos de incorporación y, por otra parte, el control de las cláusulas abusivas con una mera cuestión de desequilibrio objetivo entre los derechos y obligaciones de ambas partes. La sentencia rompe con esta tendencia y considera que la falta de transparencia respecto del objeto principal del contrato - precio y contraprestación puede ser la causa de un perjuicio para el **consumidor**, consistente en el valor de la oferta, tal y como legítimamente se la había representado a partir de la información

proporcionada por el empresario".

Ahora bien, el que la cláusula resulte clara a la hora de leerla, no implica que el **consumidor** haya comprendido, por la información que le facilita el banco, cómo jugará la citada estipulación en la vida del contrato. Por su parte, alegó la demandada en su escrito de contestación a la demanda que por el empleado de la sucursal de CAIXABANK S. A., en la que se suscribió el préstamo, se explicaban las **condiciones** financieras de los préstamos, en especial, la variación del tipo de interés y las limitaciones a la variación, no siendo capaz de explicar en qué consistieron las negociaciones previas, admitiendo que no se hizo simulación de las cuotas resultantes con el suelo. Con estos datos, no puede entenderse acreditado que se hubieran simulado escenarios posibles, ni informado del coste comparativo de asegurar la variación del interés o de otros préstamos en los términos expuestos. No se acredita tampoco una información *suficiente* en la fase de negociación sobre los límites a la variabilidad del mínimo del interés. No hay constancia de que CAIXABANK S. A., hubiera dado a dicha cláusula la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, teniendo en cuenta que no basta una redacción clara de la cláusula. En definitiva, no se acredita que la demandada incidiera en la información de la cláusula suelo en su negociación con el **consumidor**, para que éste tuviera un conocimiento cabal de lo que estaba contratando y de la carga asumida por la suscripción del préstamo con tales **condiciones**, estimando que el actor no tuvo al tiempo de la firma información suficiente para poder comprender el significado económico de la cláusula que estaba asumiendo con su firma. A ello no obsta la intervención de Notario en la formalización del préstamo que, por otra parte, no incluye en su escritura ninguna referencia expresa a la advertencia que haya podido hacer al prestatario sobre la inclusión de la cláusula. Dice, a tal respecto, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Santander de 18 de octubre de 2013 que " Respecto de esa intervención del fedatario público, no considero que acredite suficientemente y en sí misma una información adecuada y relevante en los términos que más adelante se desarrollarán, respecto de la carga jurídica y económica del contrato, el reparto de riesgos y la verdadera naturaleza como préstamo a interés no variable (que el TS concreta en un elenco de circunstancias de cierta amplitud), además de que no resulta del contenido de la propia escritura pública la información que respecto de los mínimos de la cuota y tipo se manifiestan. Difícilmente cabría otorgar a esta intervención virtualidad per se (son múltiples los factores a tener en cuenta como se verá) para superar el control de transparencia al que más adelante aludiremos considerando que

hubiera servido para informar adecuadamente del reparto de riesgos, la carga jurídica y la verdadera naturaleza del préstamo (a interés mínimo fijo y no variable), teniendo en cuenta por un lado que esta información se habría dado de palabra, en el mismo momento de la firma de la escritura (acto prácticamente formal en un momento en que la voluntad de contratar ya se ha conformado) y que el hecho de que durante el primer año se establezca un tipo fijo, no variable por referencia al diferencial, que pasara a "añadirse" a partir del segundo ciclo anual contribuye a una confusión y oscuridad que como mínimo limita o dificulta para un "**consumidor** medio" la eficacia de esa información que se afirma haber transmitido verbalmente. En cualquier caso, la intervención notarial, en la STS (RJ 2013, 3088) (FJ XI) y en la doctrina, se ubican dentro del requisito del control de inclusión, no del de transparencia. Por un lado parece coherente un examen abstracto y no individualizado de la intervención en el concreto préstamo en el marco de una acción colectiva como la que resolvió el Alto Tribunal. Por otro lado, como indica Pertínez Vílchez (InDret, Revista para el análisis del Derecho nº 3 de 2013), destaca el carácter exiguo de los deberes informativos de la Orden de 5 de mayo de 1994, que en la práctica se sustancian en un simple "firme usted aquí" (la oferta vinculante) y en una advertencia de la existencia de la cláusula suelo -sólo cuando a juicio del notario, no haya equilibrio entre la limitación al alza y a la baja- en el mismo momento conclusivo del contrato, momento que no es propicio para que el **consumidor** se replantee una decisión previamente adoptada a partir de una información incompleta. En modo alguno garantizan estos requisitos que el **consumidor** hubiera conocido la existencia de una cláusula suelo y la trascendencia que la misma podía tener sobre la carga económico-jurídica del contrato antes de contratar." En el presente caso, tratándose de la *subrogación en préstamo con novación modificativa del citado préstamo con garantía hipotecaria*, debe citarse la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Granada de fecha 15 de mayo de 2013 que dice que "La hipotética nulidad de la cláusula en la que se ha subrogado es posible al amparo de la normativa de **consumidores** y usuarios y de **condiciones** generales de la contratación pero queda limitada en cuanto a la negociación de dichas cláusulas o a la información en cuanto a la firma de la misma respecto de la entidad financiera o contra ella porque evidentemente ni estuvo en ese momento ni debió estar pues su aparición es posterior. Ello no obstante no hace a la entidad financiera ajena en el caso en que intervenga (que no es el caso) en tres supuestos: Porque si interviene en la citada escritura deberá igualmente informar y cumplir con su normativa. En el caso en

que haya habido negociaciones previas (que normalmente se suelen dar entre el comprador y la entidad financiera) también deberá informar. En el caso en que la novación se realice con posterioridad también deberá cumplir con su normativa. Nuevamente entonces en el supuesto de hecho la negociación no puede ser alegada si bien la información obligatoria y el cumplimiento de la normativa de transparencia es plenamente aplicable ." En el caso de autos, la entidad demandada intervino en la escritura, por lo que también a ella incumbía, como se ha expuesto, el deber de información y transparencia, en los términos a los que se refiere la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, información que en el presente caso se ha omitido, conforme a lo examinado.

SÉPTIMO.- Entendiendo que la cláusula controvertida no supera el control de transparencia, como se ha examinado en el fundamento de derecho anterior, se abre la posibilidad de efectuar un control de abusividad de la cláusula. 12 De acuerdo con lo que prescribe el artículo 8 LCGC las **condiciones** generales que contradigan cualquier norma imperativa o prohibitiva son nulas de pleno derecho salvo que se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, siendo en particular nulas las que sean abusivas en contrato celebrado con **consumidor**. Esta abusividad se concreta (art 3.1 Directiva 93/13 y 82.1 TRLCU) en que contradiciendo las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del **consumidor**, en un control abstracto que atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha de suscripción del contrato y las previsibles por un empresario diligente a corto/medio plazo. Dicho desequilibrio no ha de entenderse en términos económicos, sino en el sentido de real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Si bien el futuro a medio/largo plazo es imprevisible, los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia dan cobertura exclusivamente a la entidad crediticia y frustran las expectativas del **consumidor** de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable (el tipo pasa a ser variable únicamente al alza). Indica, respecto del concepto de "desequilibrio importante", FERNÁNDEZ SEIJO ("La defensa de los **consumidores** en las ejecuciones hipotecarias", Editorial BOSCH, página 61) que "Es interesante examinar la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y el posterior auto de aclaración de 3 de junio de 2013 en el que se pondera el equilibrio global de una cláusula examinados sus efectos proyectados en el tiempo de vigencia del contrato, sin perjuicio de que: "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 tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia". Debe, en definitiva, estimarse la demanda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre **Condiciones** Generales de la Contratación, sin que ello conlleve la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo al artículo 10 del mismo texto legal. Sobre este extremo se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de junio de 2.012, entre otras sentencias, respondiendo a una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona con relación a un proceso monitorio y el examen de oficio del carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora. Dicha resolución sostiene que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el **consumidor** y el profesional. Es decir, el juez nacional no tiene una facultad, sino una obligación de pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, Asimismo, manifiesta que no puede modificar ni integrar el contenido del contrato tras declararla nula por abusiva. En consecuencia, la cláusula nula por abusiva no puede ser ni modificada ni reparada, y se elimina del contrato, conservando el resto; sin contradicción con el artículo 83.2 del citado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes Complementarias; el cual no puede permitir una integración en beneficio del predisponente (a quien se le ha atribuido mala fe para definir aquella como abusiva), dado que precisamente, tal integración debe operarse sobre el principio de la buena fe objetiva. Por todo ello, el préstamo hipotecario mantiene su vigencia, con eliminación de la cláusula, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo variable contenida.

OCTAVO.- En cuanto a las consecuencias de tal nulidad, conforme al artículo 83.1 del RD Legislativo 1/07, las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho (como ya se ha dicho), y se tendrán por no puestas. El apartado 2 confiere al órgano jurisdiccional una facultad integradora, conforme al artículo 1.258 Cc y la buena fe, y moderadora, respecto de los

elementos afectados por la nulidad, y establece que únicamente se declarará nulo el contrato en su totalidad cuando no sea posible dicha integración, es decir, cuando el desequilibrio subsista, pese a tenerse por no puestas las cláusulas nulas. En el presente caso, lo único que se solicita por la parte demandante es que se condene a la demandada a eliminar la cláusula del contrato. Procede dicha condena, puesto que la demandante la pide, y dado que la Ley establece que la cláusula se tendrá por no puesta (la mencionada condena no es sino consecuencia de tal previsión, que ampara, por tanto, la posibilidad de emitir el pronunciamiento solicitado), aunque hemos de aclarar que no era necesario que la demandada realizara ninguna conducta para que la cláusula no produjera efectos, pues para ello basta con la declaración de nulidad, que lleva implícito que haya de ignorarse la misma, conforme prevé el artículo 83.1 RD, con independencia de que se mantenga su presencia material en el documento que contiene el contrato. Basta, por lo demás, con tener por no puesta la cláusula controvertida, que se refiere, en general, a los límites impuestos a la fluctuación de los tipos de interés (suelo y techo), para restablecer el equilibrio entre las partes, puesto que, de este modo, cada una asume, por entero, los riesgos de la subida o bajada del tipo de interés. No es necesaria, por tanto, labor alguna de integración, que, por lo demás, tampoco ha sido solicitada por las partes.

NOVENO.- La última cuestión por resolver se refiere a la pretensión de la parte demandante para que una vez declarada la nulidad de las cláusulas suelo, se condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula y recálculo de la cuota de amortización del préstamo hipotecario. Como no puede ser de otro modo, este juzgador debe aplicar el criterio expuesto en la sentencia del tribunal Supremo: *"283. Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica quod nullum est nullum effectum producit (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor"[d]eclarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".284. Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, "[...] de una propia*

restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".285. Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que"[1]a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)".286. También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, ya que, como afirma la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58"[...] según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1988, Blaizot y otros, 24/86, Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006, Skovy Bilka, C-402/03, Rec. p. I-199, apartado 50; de 18 de enero de 2007, Brzeziński, C-313/05, Rec. p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10, apartado 32)".2.3. La posibilidad de limitar la retroactividad 287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)-, 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"[1] 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 "[l]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 "[l]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad" (STS 118/2012, de 13 marzo, 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). 2.4. La irretroactividad de la sentencia 293. En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la

sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que: a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas. b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España"[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia. g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones. i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos. j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor. k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas 2.4.

Conclusiones. 294. Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones

judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia." Por tanto, a tenor de lo indicado por el Tribunal Supremo, procede la desestimación de esta pretensión. Ahora bien, de conformidad con el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los efectos procesales de la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda por lo que la declaración de la nulidad de la cláusula suelo comportará la devolución de las cantidades indebidamente abonadas desde la referida fecha.

DECIMO.- En cuanto a los intereses de conformidad con los artículos 1100,1101, 1108 y 1109 del Código Civil, estos devengarán el interés legal desde la fecha de cada cobro.

UNDECIMO.- Vista la estimación parcial de la demanda, y dada la novedad de la resolución dictada por el T.S., así como la existencia de doctrinas discrepantes con anterioridad a la misma, en orden a la nulidad de las cláusulas suelo/ techo, así como la excepcionalidad de la no restitución de las cantidades abonadas previamente, conforme al artículo 394.2 LEC, procede no condenar en costas a ninguna de las partes.

íntegramente la demanda.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente la demanda inicial de estos autos deducida por el procurador de los Tribunales Don Carlos Javier Domínguez Rodríguez en nombre y representación de DON JOSE LUIS BOTE DIAZ contra CAIXABANK S.A. y se declara la NULIDAD POR VULNERACIÓN DE LAS EXIGENCIAS DE TRANSPARENCIA (INFORMACION) DE LOS DERECHOS DEL CLIENTE DE LAS ESTIPULACIONES CONTENIDAS EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO CELEBRADOS ENTRE LAS PARTES DE ESTE PROCEDIMIENTO el 25 de noviembre de 2009 QUE ESTABLECEN UN TIPO MÍNIMO y MAXIMO DE INTERÉS con DEVOLUCION DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE ABONADAS POR LA APLICACIÓN DE LA CLAUSULA SUELO DESDE LA FECHA DE LA INTERPOSICION DE LA PRESENTE DEMANDA, más los intereses legales. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en el presente procedimiento.

Debo condenar y condeno a la demandada a eliminar dicha

cláusula del mencionado contrato.

Todo ello sin expresa condena en costas de ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, en legal forma.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación, ante la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz, que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la misma, previa consignación del depósito de 50 euros previsto por LO 1/09, de 3 de noviembre, en la cuenta de este Juzgado, requisito sin el cual no se admitirá a trámite.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su incorporación a la causa, lo pronuncio, mando y firmo. Doy fe.