

Roj: **SJPI 763/2017 - ECLI:ES:JPI:2017:763**Id Cendoj: **29069420032017100003**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Marbella**Sección: **3**Fecha: **27/11/2017**Nº de Recurso: **549/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Civil**Ponente: **ANGEL JOSE SANCHEZ MARTINEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SJPI 763/2017,**
SAP MA 537/2020

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE MARBELLA

(ANTIGUO JUZGADO MIXTO Nº 6)**PROCEDIMIENTO: Juicio ordinario nº 549/17****SENTENCIA núm. .../17**

En Marbella, a veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete.

Vistos por mí, D. Ángel J. Sánchez Martínez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Marbella (antiguo Juzgado Mixto nº 6), los presentes autos de Juicio ordinario número 549/17, sobre nulidad de cláusulas de préstamo hipotecario y reclamación de cantidad, seguidos a instancias de D. Jesús Ángel representado por la Procuradora Sra. Molinero Romero y asistido del Letrado Sr. Sánchez Pérez, contra la entidad Banco Popular Español, S.A. representada por la Procuradora Sra. Sánchez Falquina y asistida de la Letrada Sra. Gallo Domínguez; y de conformidad con los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que por la representación de D. Jesús Ángel se presentó escrito formulando contra la entidad Banco Popular Español, S.A., demanda en la que, sobre la base de los hechos expuestos en la misma y en virtud de los fundamentos jurídicos que estimó aplicables al caso, terminó solicitando se dictara en su día, y tras los trámites legales oportunos, sentencia estimatoria por la que: (1) se declare la nulidad, por abusiva, por su falta de transparencia e infracción de normas imperativas, de la cláusula contenida en la Estipulación Tercera 2-A del contrato de compraventa con subrogación en préstamo con garantía hipotecaria otorgada ante el Notario de Estepona D. José María García Urbano con fecha 15 de abril de 2.005, con el número 1.893 de su protocolo, en relación con la de préstamo hipotecario otorgada ante el Notario de Marbella D. Manuel García de Fuentes y Churruca con fecha de 20 de enero de 2.004, con el número 142 de su protocolo, en la que se establece como Tipo de interés de referencia el IRPH de entidades; (2) se condene a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato; (3) se declare la nulidad, por su carácter abusivo, de la cláusula contenida en la Estipulación Tercera 3 de dicho contrato por la que se impone un tipo de interés mínimo (cláusula suelo) en la determinación del interés variable del préstamo hipotecario del 3,50%; (4) se condene a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato; (5) se condene a la demandada a recalcular las cuotas de amortización del préstamo hipotecario sin aplicación de ninguna de tales cláusulas, aplicando como interés variable el euribor más el diferencial del 0,10%, con devolución al prestatario demandante de las cantidades abonadas de más por el mismo como consecuencia de la aplicación de las referidas cláusulas, o las que se vayan abonando durante la tramitación del procedimiento, más los intereses legales desde la fecha de cada cobro, con aplicación del art. 576 de la N.L.E.C .; con expresa imposición de las costas causadas.

SEGUNDO.- Que, admitida a trámite la demanda, con traslado de la misma y de los documentos a ella acompañados, se emplazó a la demandada para que en el plazo de 20 días compareciera y contestara a la demanda, lo que verificó en legal forma oponiéndose a la misma.

TERCERO .- Que, verificado lo anterior, se convocó a las partes a la audiencia previa prevenida por el art. 414 de la N.L.E.C .. Comparecidas las partes el día y hora señalados, y abierto el acto, se celebró la misma con el resultado que obra en autos. Recibido el procedimiento a prueba, por ambas partes se propuso prueba documental y testifical, y por la demandada prueba documental y testifical, admitiéndose como pertinentes las reseñadas en el acta, señalándose día y hora para la celebración del juicio.

CUARTO.- Que, llegados el día y hora señalados y abierto el acto del juicio, de conformidad con el art. 433 de la N.L.E.C ., se procedió a la práctica de las pruebas admitidas, con el resultado que obra en autos. Evacuado por las partes el trámite de conclusiones sobre la prueba practicada, se declaró el juicio concluso para dictar sentencia.

QUINTO.- Que en la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Deduce la parte actora, integrada por D. Jesús Ángel , en los presentes autos pretensión dirigida a que se declare la nulidad de las siguientes cláusulas de la escritura de compraventa con subrogación en préstamo con garantía hipotecaria otorgada ante el Notario de Estepona D. José María García Urbano con fecha 15 de abril de 2.005, con el número 1.893 de su protocolo, en relación con la de préstamo hipotecario otorgada ante el Notario de Marbella D. Manuel García de Fuentes y Churruca con fecha de 20 de enero de 2.004, con el número 142 de su protocolo, aportadas como documentos nº 2 y 2 bis de la demanda, en el que actuó como prestamista la demandada Banco Popular Español, S.A., préstamo suscrito como prestatario por el actor, por subrogación en la carga hipotecaria preexistente a cargo de la promotora vendedora Erasur, S.L., y ello por ser condiciones generales de la contratación, no habiendo sido objeto de negociación sino impuestas por la mercantil prestamista y tener el carácter de abusivas, por falta de incorporación, información y transparencia y por causar desequilibrio en perjuicio del consumidor demandante, así como por error en el consentimiento, vulnerando la legislación protectora de consumidores, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración de nulidad, es decir, condenando a la demandada a eliminar dichas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, teniendo las mismas por no puestas ni incorporadas al contrato, absteniéndose de aplicarlas en el futuro, y a la devolución al prestatario demandante de las cantidades que han sido o sean abonadas de más como consecuencia de la aplicación de las referidas cláusulas desde el inicio del contrato, más los intereses legales desde cada cobro indebido; y tales cláusulas son: la Cláusula 3.2.A de dicho contrato de préstamo hipotecario sobre el tipo de interés ordinario de referencia establecido en el IRPH de entidades, y la Cláusula 3.3 del mismo sobre el tipo mínimo de interés; habiendo resultado infructuosos los requerimientos y gestiones extrajudiciales llevadas a cabo al efecto.

La mercantil demandada, Banco Popular Español, S.A., en su contestación a la demanda, se opuso a la estimación de ésta, alegando, en síntesis, que las cláusulas en cuestión no son nulas de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, no teniendo carácter abusivo por no adolecer de falta de transparencia, superando el doble control de exigido al respecto, siendo su redacción clara y perfectamente comprensible y apareciendo destacadas de forma separada en el contrato, no generando desequilibrio ni falta de reciprocidad entre las partes, no habiéndose acreditado la falta de información ni la concurrencia del error que se aduce como vicio del consentimiento, no siendo procedente la devolución de cantidad alguna.

SEGUNDO .- No se plantea cuestión alguna por las mercantil demandada en relación con la condición o cualidad de consumidor del demandante Sr. Jesús Ángel , siéndole por tanto de aplicación la legislación y protectora de consumidores y usuarios y la doctrina jurisprudencial recaída al respecto, tal y como resulta del T.R. de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 que dispone en su art. 2 que la misma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, y en sus artículos 3 y 4 facilita los conceptos legales de consumidor, de usuario y de empresario, diciendo en el primero de ellos, el art. 3 que "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", al encontrarnos ante una persona física que se ha de presumir, a falta de prueba en contrario, que la misma ostenta la condición de consumidora, esto es, que celebró el contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda como destinataria final de la misma, o, lo que es lo mismo, en un ámbito y con un destino ajeno a una actividad empresarial o profesional, sin que dicha presunción haya sido destruida mediante prueba en contrario, es decir, sin que haya

resultado probado que la adquiriese para incorporarla a una actividad empresarial o profesional, pues nada ha acreditado al respecto la entidad bancaria demandada, no bastando para destruir dicha presunción que no se trate de la adquisición de la vivienda habitual, sino de una segunda residencia.

Constatado lo anterior, y proclamada, pues, la condición de consumidor del prestatario demandante, y entrando en la esencia de la cuestión de fondo, así planteado el litigio, versa el mismo, de modo principal, sobre la posible nulidad de dos de las cláusulas integrantes de la escritura de compraventa con subrogación en préstamo con garantía hipotecaria otorgada ante el Notario de Estepona D. José María García Urbano con fecha 15 de abril de 2.005, con el número 1.893 de su protocolo, en relación con la de préstamo hipotecario otorgada ante el Notario de Marbella D. Manuel García de Fuentes y Churruca con fecha de 20 de enero de 2.004, con el número 142 de su protocolo, aportadas como documentos nº 2 y 2 bis de la demanda

préstamo hipotecario otorgada con fecha de 8 de febrero de 2.007, ante el Notario de Marbella D. Luis Giménez Rodríguez, con el número 553 de su protocolo, aportada como documento nº 1 de la demanda, en el que actuó como prestamista la mercantil demandada Banco Popular Español, S.A., préstamo suscrito como prestatario por el actor D. Jesús Ángel, por subrogación en la carga hipotecaria preexistente a cargo de la promotora vendedora Erasur, S.L., y ello en relación con el carácter abusivo o no de las mismas o por haber concurrido en la demandante error en la prestación de su consentimiento a dichas cláusulas. Y las cláusulas cuya nulidad se insta son las siguientes: la Cláusula 3.2.A de dicho contrato de préstamo hipotecario sobre el tipo de interés ordinario de referencia, y la Cláusula 3.3 del mismo sobre el tipo mínimo de interés; debiendo abordarse el examen de cada una de ellas y de la acción de nulidad planteada frente a las mismas, así como de las respectivas peticiones accesorias, con la debida separación.

Y ha de comenzarse por el examen de la acción de nulidad planteada frente a la cláusula suelo, contenida bajo la rúbrica de "Límite a la variación del tipo de interés aplicable" en la estipulación 3.3 (bajo la rúbrica general de "Intereses") de la escritura de referencia, establecido en el 3,50%. Pues bien, como bien conocen las partes del litigio, esta cuestión quedó en buena parte decidida por la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la número 241/13, de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012. Pte: Gimeno-Bayón Cobos, Rafael), y su posterior Auto de aclaración de fecha 3 de junio de 2013. Y señala al respecto la Sección 8ª de la A.P. de Alicante, en la reciente Sentencia de 23 de julio de 2.013 (nº 335/2013, rec. 243/2013), que "Los criterios que en concreto asume este Tribunal para la decisión del supuesto que nos ocupa y que ha fijado la citada Sentencia del Tribunal Supremo son los siguientes: Las cláusulas suelo afectan al objeto principal del contrato en tanto forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario por el dinero que recibe. El hecho de que se refieran 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 ésta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. La cláusula que fija un interés fijo mínimo en un contrato de préstamo puede por tanto ser una cláusula predispuesta, es decir, una condición general de la contratación, siempre y cuando el consumidor no haya podido influir en su redacción o supresión. La carga de la prueba de que la citada cláusula es una condición general de la contratación, es decir, que no estaba prerredactada para una pluralidad de contratos, recae sobre el empresario cuando se trata de contratos con consumidores pues, en estos casos, se aplica la regla establecida en el artículo 82.2 TRLCU que dispone que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". En todo caso, la imposición de una condición general de la contratación a los consumidores no constituye un hecho contractual ilícito pues, como ya venía a establecer la STS de 18 de junio de 2012, constituye un fenómeno que comporta en la actualidad un modo de contratar que se diferencia de la contratación por negociación, con su régimen y presupuesto causal propio y específico. Consecuentemente, las cláusulas suelo no son contenidos contractuales, por naturaleza, ilícitos. Las cláusulas suelo son lícitas 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. 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. El contenido del contrato relativo a su objeto principal y, por tanto también lo concerniente al precio, no puede ser objeto de un control de contenido por la vía de la legislación de las condiciones generales de contratación, tal y como deriva del artículo 4-2 de la Directiva 93/13/CEE ("la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato), y ello ante la necesidad de respetar la libertad de precios en el marco de una economía de mercado, con la excepción de que... dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". En efecto, en el caso de contratos con consumidores, además del control de incorporación, es dable un control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la condición general. Para dicho control se ha de tener en consideración que son compatibles los criterios interpretativos de la Ley 7/1998 y el marco más general de interpretación de los contratos del Código Civil y, segundo, que la Ley 7/1998 es aplicable a este tipo de cláusulas no obstante su específico régimen sectorial en materia de información -OM 5 de mayo de 1994- pues, como señaló la STS de 2 de marzo de 2011, la finalidad tuitiva que procura al consumidor la citada Orden Ministerial

en el ámbito de las funciones específicas del Banco de España, no suponen la exclusión de la Ley 7/98 a este tipo de contratos con consumidores como ley general. El peculiar control de transparencia en el caso de los contratos con consumidores se integra por uno primero relativo al examen de la información suministrada por la entidad crediticia conforme a la OM de 5 de mayo de 1994, al denominado control de inclusión que garantiza el conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato de la existencia de dicha cláusula y que la misma no es ilegible, oscura o ambigua -art 7 LCGC-, siendo el segundo control de transparencia el relativo a la garantía de que los adherentes conozcan o puedan conocer tanto la carga económica que supone para ellos el contrato celebrado, la onerosidad patrimonial realizada a cambio de la prestación económica del empresario, como la carga jurídica, es decir, al definición de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos del contrato como en la asignación o distribución de riesgos de la ejecución y desarrollo del contrato. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. Este control de transparencia, en tanto se trata de un parámetro de validez de la cláusula predispuesta, queda al margen del ámbito de interpretación del Código Civil del error de vicio del consentimiento. Denominado en la Sentencia como "control de abusividad abstracto"... si no están redactadas de manera clara y comprensible, autoriza el control de abusividad de las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato si no están redactadas de manera clara y comprensible y comprende la exigencia de que la información suministrada por la entidad crediticia permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, así como que el consumidor tenga un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. Para considerar abusivas las cláusulas no negociadas es necesario que, en contra de exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato y que el desequilibrio perjudique al consumidor".

Y, tras sentar los anteriores criterios generales, la Sala, en el Fundamento de derecho Tercero, afirma que "la proyección de estos criterios al caso que nos ocupa y a la vista del resultado de la prueba practicada, nos lleva a la conclusión que resulta procedente declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula suelo/techo impugnada, y ello sin contaminación para el contrato de préstamo hipotecario en que dicha condición se ubica -art. 8 y 9-2 LCGC- al ser dicha cláusula parte del objeto principal del contrato pero no elemento esencial del mismo. A tal conclusión llegamos en base a los siguientes argumentos. La STS de 9 de mayo de 2013 afirma que "... la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor" lo que implica, añade la citada Sentencia, el cumplimiento de "...las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC". Por tanto, es la perspectiva de análisis a que hemos hecho referencia en el punto K) y L) -transparencia- y M) -abusividad- del fundamento anterior, la que ha de ser la determinante en la decisión del litigio que nos ocupa pues, al igual que ocurre en el supuesto de hecho decidido por el Tribunal Supremo, la cláusula suelo incluida en la cláusula financiera tercera bis del contrato que examinamos, tiene carácter de condición general que ha producido como efecto, no obstante incluirse en un contrato que se presenta como un préstamo a interés variable, la de transformarlo en un préstamo a interés mínimo fijo del que impide a los prestatarios beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia. Y afirmamos que en este caso estamos ante una cláusula general o predispuesta porque, primero, el que se refiera a la esencialidad del contrato no obsta tal calificación si la mereciera en atención al proceso de inclusión en el contrato es decir, por no haber sido negociada individualmente, segundo, porque en el caso, está reconocido por la entidad crediticia, Banco de Castilla La Mancha, que la citada cláusula formaba parte de la oferta vinculante -doc num. 5 contestación- hecha a los prestatarios, sin que el hecho de que dicha oferta pudiera contrastarse en el mercado y decidir con libertad sobre su aceptación o no, sea circunstancia que modifique tal calificación pues si art. 3.2 de la Directiva 93/13 dispone que "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", tanto debe calificarse la condición como impuesta por la entidad crediticia cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, restándole solo o adherirse o renunciar a contratar, como cuando hay posibilidad de escoger entre diversas ofertas de distintos Bancos o Cajas pues, además de ser un sector estandarizado, ello pertenece al ámbito supra-contractual y, tercero, porque resulta inocuo para tal calificación el que la citada cláusula no se aplique a todos los contratos -doc num. 6 contestación- ya que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, "la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos", hecho éste que el documento de la entidad crediticia

pone de relieve. Por tanto, aunque tratándose de una cláusula general de contratación que afecta al contenido esencial del contrato respecto de la que si bien no cabe un control de contenido directo sí es posible, como hemos visto, un control de transparencia relativo a si la información que en su momento se suministró por la Caja de Ahorros permitió o no a los prestatarios percibir la cláusula como definitiva del objeto principal del contrato, su relación con el contenido de su obligación de pago, así como si los prestatarios adquirieron un conocimiento real y razonablemente completo de cómo incidía en la economía del contrato. Y en el caso, la respuesta ha de ser negativa ya que la prueba propuesta -aportada- por la entidad crediticia directamente relacionada con el contrato que nos ocupa, se ha limitado a una minuta de préstamo -doc. num. 5 contestación- de donde extraemos, junto con el examen del contrato de préstamo, que en su momento se hizo una oferta a los demandantes, Sres. Demetrio y Fausto que les llevó a la firma de un préstamo de aparente interés variable cuando, en realidad, lo era de interés mínimo fijo, pues con los índices fijados a la baja y al alta el efecto que en verdad se conseguía era el de la estabilización en el precio a pagar por el dinero. Como se observa en la minuta y luego en la escritura pública, en ambos, aparecían ante los ojos de los demandantes la celebración de un contrato de préstamo a interés variable, sin que conste recibieran información específica acerca del significado económico en diversas situaciones que se pudieran presentar en un futuro previsible a la vista de los datos obrantes en la propia entidad -que ya podía prever por la fecha una clara disminución del interés- y de las consecuencias de los límites que a la baja se establecía sobre la variabilidad del interés remuneratorio se establecía en el contrato en nuevos escenarios a la baja sin que, desde luego resulte suficiente la propia redacción y sistema del contrato, tal y como se ha descrito en el fundamento jurídico primero de esta Sentencia, todo lo cual venía a impedir que la cláusula techo/suelo fuera adecuadamente percibida por los prestatarios en toda su relevancia en tanto definitivas, como bien señala la entidad crediticia, del precio del dinero que se prestaba. Se trata por tanto de una cláusula que adolece de claridad y que por tanto está viciada de falta de transparencia".

Y en el Fundamento Cuarto pasa a analizar si la cláusula suelo en cuestión es o no abusiva, diciendo que "Careciendo de transparencia es dable, conforme a los criterios establecidos en el fundamento de derecho segundo, analizar si la cláusula en cuestión, además de no superar el control de transparencia, es abusiva conforme a los parámetros exigidos por el artículo 8-1-2 LCGC en relación al artículo 82-1 y 82-3 TRLCU. Pues bien, en el caso resulta evidenciada la existencia de desequilibrio en el caso. Dicho desequilibrio no deriva sin embargo de la relación del suelo del interés predispuesto con la cláusula techo. Dice en relación a ello la STS de 9 de mayo de 2013 que "no es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo "añadiendo que incluso "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 ". A más. Incluso señala que la presentación conjunta de una cláusula suelo con techo "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". Para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo no transparentes, debe atenderse "...al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto "y en el caso, como ya expusimos, con los índices establecidos, el préstamo nació condenado a quedar en su nivel inferior como fijo y sólo variable a su alza como de hecho, aunque sea consideración no atendible, ha ocurrido. Y hay en ello desequilibrio porque, en palabras de la resolución judicial "Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza". En consecuencia, hay en la cláusula no transparente que nos ocupa, desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe en perjuicio de los prestatarios, lo que la STS califica de desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos, y por tanto, se dan las condiciones de ilicitud requeridas por el artículo 8 LCGC para la nulidad de la cláusula predispuesta en un contrato de consumidores de techo/suelo de intereses remuneratorios".

Y concluye la Sección 8ª de la A.P. de Alicante abordando el examen de los efectos de la anterior declaración de nulidad señalando, en el Fundamento Quinto de la misma Sentencia de 23 de julio de 2013, que "El artículo 9 LCGC remite al régimen general de la nulidad contractual conforme al cual -art 1303 CC - "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". La cláusula suelo no transparente del caso es abusiva y, por tanto, nula sin posibilidad -se señala expresamente- de que el Juez efectúe una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario (STJUE 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito). Pues bien, aun cuando es cierto que la STS en venimos a fundar jurídicamente la controversia que nos ocupa niega el efecto retroactivo a la nulidad que declara, dado que se hace ello en el marco de una acción colectiva de cesación y respecto únicamente a

las partes de aquél proceso donde, además, no se ejercitó una acción de condena a la restitución sino sólo de nulidad y correlativa eliminación de las cláusulas así como de prohibición de uso futuro es por lo que entendemos que tal declaración de irretroactividad no es aplicable al caso que nos ocupa donde no sólo se ha ejercitado una acción de nulidad por abusividad en el marco de un contrato con consumidores sino que además, de forma explícita, se ha solicitado la retroacción de tal declaración a cuyos efectos deviene de aplicación el citado artículo 1303 del Código Civil sin que se de circunstancia jurídica alguna que permita la excepción del efecto previsto en dicha norma, razón por la que habiendo sido declarada la nulidad de la cláusula suelo/techo, deben restituirse las prestaciones derivadas de dicha nulidad conforme a las modificaciones que, sin la cláusula anulada resultarían de aplicación en revisión, conforme a los criterios establecidos en el propio contrato, y cuya cuantía se determinará, conforme a estas sencillas bases, en ejecución de sentencia".

Y en los mismos términos se pronuncia la misma Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, en la Sentencia de 12 de julio de 2.013 (nº 315/2013, rec. 84/2013), así como la Sección 28ª de la A.P. de Madrid en la Sentencia de 26 de julio de 2.013 (nº 242/2013, rec. 161/2012), señalando, en el Fundamento de Derecho Octavo, y en cuanto a la consideración de la cláusula suelo como condición esencial del contrato, que "La sentencia de Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ha zanjado una importante controversia que en este litigio también había venido siendo sostenida por las partes, al señalar nuestro alto tribunal que las cláusulas suelo, en la medida en que forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, deben entenderse referidas al objeto principal del contrato, ya que cumplen una función definitoria esencial".

Y, asimismo, la Sección 28ª de la A.P. de Madrid, en la precitada Sentencia, y en relación con las concretas cláusulas suelo controvertidas, afirma, en cuanto a la cláusula suelo del Banco Popular, que "La cláusula impugnada (límites a la variación del tipo de interés variable - condición primera. 3.3) es del siguiente tenor: "No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del CUATRO CINCUENTA POR CIENTO". Se trata de una condición general que, aunque su redacción sea ciertamente clara, está enmarcada en el contexto de una pluralidad de epígrafes subsiguientes al de la estipulación de un interés variable, en el que se inserta esta mención, de modo que prevalece la apariencia de que el tipo sería nominalmente variable al alza y a la baja cuando, en realidad, exclusivamente lo sería hacia arriba, pues hay una limitación que merced a ese tope inferior lo convertiría en fijo, por debajo, a favor del banco. Además resulta relevante la fijación de un mínimo de significativa cuantía (4,50%), lo que puede además convertir en meramente teórica la posibilidad de variaciones a la baja del tipo de interés. Se encuentra además ubicada en el condicionado general entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención sobre la misma del consumidor. La cláusula recibe asimismo un tratamiento impropia y secundario de modo que el consumidor no percibirá su verdadera relevancia. La cláusula no supera, por lo tanto, el control de transparencia y ello conlleva su nulidad".

Y respecto de la cláusula suelo-techo de la entidad B.B.V.A. "La cláusula impugnada (límites a la variación del tipo de interés - condición 3 bis 3) es del siguiente tenor: "En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea INFERIOR AL 2.25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, SUPERIOR AL 15% NOMINAL ANUAL". Se trata de una condición general con una redacción ciertamente densa en lo que se refiere a las alusiones al límite mínimo de referencia, que no permite que el consumidor pueda comprender cuál sería éste en concreto (en el marco de este litigio se ha señalado que quedaría en el 3%, lo que desde luego no se deduce de la propia cláusula, ni resulta, sin más, de la suma de los puntos porcentuales expresados en las cláusulas precedentes, donde la adición al índice de referencia es del 0,70). Además, la misma se integra dentro de la condición 3 bis, con el epígrafe tipo de interés variable, índice de referencia, en el seno de una pluralidad de datos de muy diversa índole y variada trascendencia. La configuración de la mencionada cláusula, en el contexto en el que la misma se enmarca en el condicionado general (especialmente su inclusión dentro de la de interés variable), puede llevar a pensar al consumidor que firma un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero, cuando en realidad existe un interés mínimo fijo que no se beneficiará de todas las bajadas que puedan producirse en el tipo de referencia. Asimismo, la cláusula, por la referencia que también incluye a un techo fijo (15%), contribuye a la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de ese otro tipo máximo de interés, lo que puede servir de señuelo que obstaculiza el análisis del verdadero impacto de la cláusula suelo en el contrato. La cláusula no supera, por lo tanto, el control de transparencia y ello conlleva su nulidad".

Y en relación específicamente con las cláusulas "suelo" incorporadas por la demandada Banco Popular, S.A. a los préstamos hipotecarios otorgados por el mismo, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en



la reciente Sentencia núm. 705/2015, de 23 de diciembre (Rec. de casación núm. 2658/2013; Pte. Excmo. Sr. Vela Torres), sobradamente conocida e invocada expresamente por la demandada, señala que *"Podemos coincidir con el recurrente en que la cláusula suelo utilizada por el "Banco Popular" es más clara gramaticalmente en cuanto a su formulación que la utilizada por otras entidades, incluida la que en este caso compareció como codemandada. Pero como acertadamente advierte la Audiencia Provincial no se trata de enjuiciar aisladamente la conclusión final que establece el suelo en el 4,50%, sino que tal corolario ha de relacionarse con todos los demás epígrafes del propio contrato relativos al cálculo y determinación del interés variable aplicable. Además, como también indica la resolución recurrida, queda envuelta entre un cúmulo de estipulaciones, menciones y datos, dificultando la comprensión efectiva de la realidad resultante, que no es otra que lo efectivamente contratado no era un contrato de préstamo a interés variable, sino un contrato a interés fijo (el 4,50%) únicamente variable al alza. Es decir, enmascarando que el consumidor no podría beneficiarse de las fluctuaciones a la baja del mercado de tipos de interés por debajo de dicho porcentaje, sino únicamente verse afectado por las oscilaciones al alza"*.

TERCERO .- Pues bien, sentada la anterior doctrina jurisprudencial, por aplicación de la misma al caso planteado en el presente procedimiento, y al margen de las consideraciones que se efectuarán más adelante sobre el efecto positivo, vinculante o prejudicial de la cosa juzgada material de la Sentencia núm. 705/2015 dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo con fecha de 23 de diciembre de 2.015 en el Rec. de casación núm. 2658/2013, ha de concluirse que las anteriores consideraciones resultan plenamente aplicables a la cláusula suelo aquí controvertida, contenida bajo la rúbrica de "Límite a la variación del tipo de interés aplicable" en la estipulación 3.3 (bajo la rúbrica general de "Intereses") de la escritura de préstamo hipotecario otorgada ante el Notario de Marbella D. Manuel García de Fuentes y Churruca con fecha de 20 de enero de 2.004, con el número 142 de su protocolo, en el que actuó como prestamista la demandada Banco Popular Español, S.A., préstamo en el que se subrogó el actor Sr. Jesús Ángel mediante la Estipulación Segunda a) de la escritura de compraventa con subrogación en préstamo con garantía hipotecaria otorgada ante el Notario de Estepona D. José María García Urbano con fecha 15 de abril de 2.005, con el número 1.893 de su protocolo, aportadas como documentos nº 2 y 2 bis de la demanda, y establecida en el 3,50%, que ha de estimarse que ha producido como efecto, no obstante incluirse en un contrato que se presenta como un préstamo a interés variable, la de transformarlo en un préstamo a interés mínimo fijo del que impide al prestatario beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia. Debiendo calificarse dicha condición como impuesta por la entidad crediticia cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, restándole sólo o adherirse o renunciar a contratar, como cuando hay posibilidad de escoger entre diversas ofertas de distintos Bancos o Cajas pues, además de ser un sector estandarizado, ello pertenece al ámbito supra- contractual, tal y como ocurrió en el caso de autos, sin que la entidad bancaria demandada Banco Popular Español, S.A. haya acreditado lo contrario, de hecho, ni tan siquiera propuso prueba alguna al efecto, al no haberse aportado ni la minuta, ni oferta vinculante alguna u otro documento análogo o similar, y haber propuesto y practicado únicamente la prueba testifical de Doña Marí Trini , que fue la empleada de la mercantil demandada que intervino en la operación, y que reconoció de forma expresa que no se entregó el documento de oferta vinculante, sin que dicha demandada haya acreditado por medio alguno que informase de ningún modo, y menos aún con claridad y precisión y de forma comprensible, al actor Sr. Jesús Ángel , ni a su representante a los efectos de la firma de la subrogación en el préstamo hipotecario, D. Torcuato , del contenido y consecuencias de la "cláusula suelo", información que la parte actora niega de forma categórica, ni que se le mostrase alguna simulación de un escenario con el Euribor a la baja y que diera lugar a la aplicación de la "cláusula suelo" controvertida, no constando al respecto más que las meras manifestaciones de la citada Sra. Marí Trini en el sentido de que proporcionó tal información detallada de las condiciones financieras, manifestaciones carentes de la suficiente virtualidad probatoria al carecer de otro soporte probatorio y no ofrecer su testimonio suficientes garantías de objetividad e imparcialidad por su condición de antigua empleada de Banco Popular Español, S.A., y dado además el carácter vago y genérico de sus manifestaciones, casi siempre referentes a lo que normalmente solía hacerse, sin mayor precisión por lo general.

En la escritura pública ni tan siquiera aparecía ante el prestatario, el hoy demandante Sr. Jesús Ángel , ninguna de las condiciones financieras del préstamo, no existiendo constancia alguna de que esa información le fuera proporcionada de otro modo, lo que implica que no se superó el control de incorporación jurisprudencialmente exigido, lo que conllevaría por sí solo la declaración de nulidad instada, pero es que, a mayor abundamiento, cabe añadir que caso de estimarse que sí conoció las condiciones del préstamo, lo que aparecía ante el mismo era la celebración de un contrato de préstamo a interés variable, sin que conste recibieran información específica acerca del significado económico en diversas situaciones que se pudieran presentar en un futuro previsible a la vista de los datos obrantes en la propia entidad, y, aún más, incluso en la propia fecha de la firma de la escritura dados los niveles de los tipos de interés, de modo que el interés ordinario variable aplicable a partir de febrero de 2.005 (cuyo diferencial no era el Euribor) era ya inferior al fijado como mínimo

o "suelo", como resulta hecho notorio, no llegando por ello a aplicarse realmente, y de las consecuencias de los límites que a la baja se establecía sobre la variabilidad del interés remuneratorio, todo lo cual venía a impedir que la cláusula suelo fuera adecuadamente percibida por la parte prestataria en toda su relevancia en tanto definitorias del precio del dinero que se prestaba, tratándose, por tanto, de una cláusula que adolece de falta de claridad y que por tanto está viciada de falta de transparencia, máxime en el contexto en el que la misma se enmarca en el condicionado general, especialmente dada su inclusión como un párrafo entre las páginas cinco y seis de la cláusula 3 denominada "Intereses" (de una extensión de nueve páginas), como subapartado 3.3 con el título "Límite a la variación del tipo de interés aplicable", sin estar destacada tampoco en mayúsculas ni en "negrita", ni aún el porcentaje del 3,50%. Asimismo, con los índices establecidos, el préstamo nació condenado a quedar en su nivel inferior como fijo y sólo variable a su alza como de hecho, aunque sea consideración no atendible, ha ocurrido; y hay en ello desequilibrio porque, si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en la cláusula en cuestión, 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", tal y como se ha expuesto en este mismo fundamento. En consecuencia, hay en la cláusula no transparente que nos ocupa, desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe en perjuicio de la prestataria, lo que la STS califica de desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos, y por tanto, se dan las condiciones de ilicitud requeridas por el artículo 8 LCGC para la nulidad de la cláusula predispuesta en un contrato de consumidores de techo/suelo de intereses remuneratorios, por todo lo cual resulta procedente declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula suelo contenida bajo la rúbrica de "Límite a la variación del tipo de interés aplicable" en la estipulación 3.3 (bajo la rúbrica general de "Intereses") de la escritura de compraventa con subrogación en préstamo con garantía hipotecaria otorgada ante el Notario de Estepona D. José María García Urbano con fecha 15 de abril de 2.005, con el número 1.893 de su protocolo, en relación con la de préstamo hipotecario otorgada ante el Notario de Marbella D. Manuel García de Fuentes y Churruca con fecha de 20 de enero de 2.004, con el número 142 de su protocolo, en virtud de la Estipulación Segunda A) de aquella, aportadas como documentos nº 2 y 2 bis de la demanda, y ello sin contaminación para el contrato de préstamo hipotecario en que dicha condición se ubica -art. 8 y 9-2 LCGC- al ser dicha cláusula parte del objeto principal del contrato pero no elemento esencial del mismo, condenando a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario, teniendo la misma por no puesta ni incorporada al contrato, absteniéndose de aplicarla en el futuro.

CUARTO .- Pero es que, es más, en cuanto a la cuestión esencial, tal y como ha quedado antes expuesta, se trata de examinar la misma en relación con el efecto positivo, vinculante o prejudicial de la cosa juzgada material. Y en torno a dicha figura ha de tenerse en consideración la doctrina jurisprudencial recaída, de la que es muestra la Sentencia dictada por la Sección 10ª de la A.P. de Madrid con fecha de 15 de diciembre de 2.003 (rollo de apelación núm. 365/2002 . Pte: Illescas Rus, Angel Vicente), que, con análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, señala *"B) Función positiva: Aunque tradicionalmente la función negativa ha sido la más estudiada, y aunque es más fácil de concretar la consecuencia del derecho a la tutela judicial del artículo 24.1 de la C.E. , es hoy casi más importante la función positiva, la que atiende a que la cosa juzgada vincula en el segundo proceso a que el juzgador del mismo se atenga a lo ya juzgado cuando tiene que decidir sobre una relación o situación jurídica de la que la sentencia anterior es condicionante o prejudicial. En este segundo supuesto la cosa juzgada no opera como excluyente de una decisión sobre el fondo del asunto, sino que le sirve de base. En la STS de 20 de mayo de 1992 se contempla un caso claro de esta función positiva. En el primer proceso de desahucio, en el que se dictó sentencia firme, se desestimó la demanda porque se entendió no vencido el plazo de vigencia de la prórroga contractual, pero se declaró que el arrendamiento lo era de industria sometido a la legislación común, y no a la ley especial de arrendamientos urbanos. Iniciado un segundo proceso poco después, en el que se pretendía el desahucio por expiración del plazo del arrendamiento de industria, el demandado opuso que el arrendamiento lo era de local de negocio, y el TS estimó que no podía llegarse a calificar el contrato de modo distinto a como se hizo en el primer proceso, por impedirlo "el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada". La función positiva de la cosa juzgada no puede exigir la concurrencia entre los dos procesos de las identidades objetiva, subjetiva y causal. Si concurren esas identidades estaremos ante la función negativa y, con ella, ante la imposibilidad de que en el segundo proceso se dicte pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Para que entre en juego la función positiva, los objetos de los dos procesos sólo han de ser "parcialmente idénticos" o "conexos". En la STS de 20 de febrero de 1990 se señala que "el efecto positivo que la cosa juzgada busca, esto es, la obligación del juez ulterior de aceptar la decisión del anterior, en cuanto sea conexa con la pretensión ante él ejercitada..."; en esa línea puede verse también la STS de 30 de diciembre de 1986 y la STSJ Cataluña de 2 de julio de 1990 . Si la función positiva de la cosa juzgada no busca excluir la posibilidad de una segunda decisión sobre lo ya resuelto en un primer proceso, es evidente que no podrá exigirse la identidad objetiva entre los dos procesos. Firme la identidad subjetiva, que ésta siempre deberá concurrir, la función positiva operará cuando lo*



resuelto en el primer proceso sea prejudicial respecto de lo planteado en el segundo, esto es, cuando la relación jurídica de que se trata en el segundo proceso sea dependiente de la definida en el primero. Se trata, por tanto, de evitar que dos relaciones jurídicas sean resueltas de modo contradictorio, cuando una de ellas entre en el supuesto fáctico de la otra, cuando para decidir sobre la segunda se tendría que decidir sobre la primera y, sin embargo, ésta ya ha sido ya resuelta en un proceso anterior".

Y es evidente que, por aplicación de la anterior doctrina y figura jurisprudencial al supuesto planteado, y como consecuencia de los hechos declarados probados y del Fallo de la Sentencia de referencia, la Sentencia núm. 705/2015 dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo con fecha de 23 de diciembre de 2.015 en el Rec. de casación núm. 2658/2013, hechos, extremos y circunstancias que han de quedar fijados como hechos ciertos y probados de forma indubitada como consecuencia de la aplicación del instituto de la cosa juzgada material en su vertiente positiva o prejudicial, vinculante en este proceso, ello lleva aparejada como consecuencia necesaria e inevitable, la ya señalada estimación de la acción de nulidad planteada en la demanda, reiterando, pues, la procedencia de declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula suelo contenida bajo la rúbrica de "Límite a la variación del tipo de interés aplicable" en la estipulación 3.3 (bajo la rúbrica general de "Intereses") de la escritura de compraventa con subrogación en préstamo con garantía hipotecaria otorgada ante el Notario de Estepona D. José María García Urbano con fecha 15 de abril de 2.005, con el número 1.893 de su protocolo, en relación con la de préstamo hipotecario otorgada ante el Notario de Marbella D. Manuel García de Fuentes y Churruca con fecha de 20 de enero de 2.004, con el número 142 de su protocolo, en virtud de la Estipulación Segunda A) de aquélla (documentos nº 2 y 2 bis de la demanda), y ello sin contaminación para el contrato de préstamo hipotecario en que dicha condición se ubica -art. 8 y 9-2 LCGC- al ser dicha cláusula parte del objeto principal del contrato pero no elemento esencial del mismo, condenando a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario, teniendo la misma por no puesta ni incorporada al contrato, absteniéndose de aplicarla en el futuro.

QUINTO .- Resuelto lo anterior, resta por examinar en relación con la acción de nulidad de la cláusula "suelo" ejercitada en la demanda, la pretensión relativa a la devolución al prestatario demandante de las cantidades que han sido abonadas de más por el mismo como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula declarada nula, y ello desde el comienzo de la aplicación de la misma, es decir, desde la fecha del contrato, así como todas aquellas cantidades que en aplicación de dicha cláusula vaya cobrando la demandada durante la tramitación del procedimiento.

Y a este respecto es evidente que resultaba decisiva la reciente y conocida Sentencia núm. 139/2015 dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo con fecha de 25 de marzo de 2.015 (rec.:138/2014 ; Pte: Eduardo Baena Ruiz), en cuyo supuesto en la instancia se estimó la acción de nulidad por abusiva de la cláusula suelo, pero se discutió sobre la procedencia o no de la retroactividad (la sentencia de primera instancia devolvió los intereses y en apelación, por el contrario, se declaró la irretroactividad de la declaración de nulidad y consecuentemente la improcedencia de devolver a los consumidores prestatarios las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo), al apreciarse que a la acción de cesación (Sentencia de 9 de mayo de 2013) no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual sí se formulan de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente litis tenga fuerza de cosa juzgada aquel pronunciamiento, consagrando el Pleno de la Sala del Alto Tribunal la limitación de la retroactividad de la declaración de nulidad (ex tunc) por razones de seguridad jurídica, y fijando como doctrina: " *Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015,Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 "*, con lo que la cuestión relativa al dies a quo de la devolución del exceso cobrado en concepto de intereses ordinarios o remuneratorios por aplicación de la cláusula suelo quedaba definitivamente resuelta, al menos por el momento y en el estado de cosas existente hasta fechas recientes (hasta finales de 2.016), a la espera de lo que pudiera resolver el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y al margen de la convicción de este juzgador de que el dies a quo habría de ser la fecha de aplicación inicial de la cláusula declarada nula por imperativo del art. 1.303 del Código civil .

Lo que ocurre es que la cuestión apuntada ha quedado resuelta por el mencionado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), mediante la Sentencia del mismo (Gran Sala) de fecha 21 de diciembre de 2016 (ECLI: EU:C:2016:980) en los asuntos acumulados C-154/15 , cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada y, C-307/15 y C-308/15 , cuestiones prejudiciales elevadas por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, en la que se declara no conforme con el Derecho de la Unión Europea la limitación temporal de los efectos restitutorios de las cantidades indebidamente abonadas en virtud de la declaración de nulidad de una cláusula suelo abusiva conforme había establecido la Sentencia del

Tribunal Supremo (Pleno Sala Primera) de 9 de mayo de 2013 , decisión que vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

En dicha Sentencia el Tribunal de Justicia considera que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula. El Tribunal de Justicia recuerda en primer lugar que, según la Directiva, las cláusulas abusivas no podrán vincular al consumidor, en las condiciones estipuladas por los Derechos de los Estados miembros, incumbiendo a éstos la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de tales cláusulas. El Tribunal de Justicia explica que incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula abusiva, de tal manera que se considere que dicha cláusula no ha existido nunca y que, de este modo, no produzca efectos vinculantes para el consumidor. La declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Por consiguiente, la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo debe permitir la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor. Según el Tribunal de Justicia, el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en aras de la seguridad jurídica, que su sentencia no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores. En efecto, el Derecho de la Unión no puede obligar a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas. Sin embargo, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión. En este contexto, el Tribunal de Justicia precisa que las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales no podrán afectar a la protección de los consumidores garantizada por la Directiva. Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo priva a los consumidores españoles que celebraron un contrato de préstamo hipotecario antes de la fecha del pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Supremo del derecho a obtener la restitución de las cantidades que pagaron indebidamente a las entidades bancarias. Por consiguiente, de tal limitación en el tiempo resulta una protección de los consumidores incompleta e insuficiente que no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas, en contra de lo que exige la Directiva.

Y dicha Sentencia reza literalmente " *Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.*

73 De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz , C415/11, EU:C:2013:164 , apartado 60).

74 En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov , C173/09, EU:C:2010:581 , apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI , C441/14, EU:C:2016:278 , apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov , C614/14, EU:C:2016:514 , apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov , C554/14, EU:C:2016:835 , apartados 67 a 70).

75 De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en

aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Por consiguiente, de acuerdo con la doctrina del TJUE sentada en la mencionada Sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016, de aplicación directa, y con observancia asimismo de lo dispuesto por el art. 1.303 del Código civil y de la jurisprudencia recaída de forma uniforme y constante respecto del mismo, ha de concluirse que los efectos de la declaración de nulidad de la "cláusula suelo" han de retrotraerse al inicio de su aplicación, sin limitación temporal, es decir, al principio del contrato.

Asimismo, se difiere la cuantificación del exceso a devolver a un momento posterior al dictado de sentencia, mediante la aportación por la entidad bancaria demandada y condenada del cuadro de amortización del préstamo recalculado al tipo pactado, sin aplicación de la cláusula declarada nula, es decir, sin realizar en esta sentencia la liquidación de la cantidad a devolver a los demandantes, que podría incrementarse durante los próximos meses hasta la firmeza y cumplimiento de esta sentencia, resultando ello conforme a derecho y, en concreto, al art. 219 de la N.L.E.C., al tratarse de meras operaciones aritméticas con arreglo a criterios financieros y contables de carácter objetivo.

Por consiguiente, procede condenar a la mercantil demandada a la devolución al prestatario demandante de las cantidades que han sido abonadas de más por el mismo en cumplimiento del contrato objeto de litis y como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula desde el inicio de su aplicación, sin limitación temporal, es decir, desde el principio del contrato, así como todas aquellas cantidades que en aplicación de dicha cláusula vaya cobrando la demandada durante la tramitación del procedimiento y hasta la resolución definitiva del litigio y eventual ejecución, cantidad que vendrá constituida por la diferencia entre el interés que hubiera procedido abonar según el contrato si no hubiera existido la citada "cláusula suelo" y el efectivamente abonado, y ello conforme al cuadro de amortización del préstamo recalculado al tipo de referencia pactado o que resulte aplicable de acuerdo con lo que resuelva al respecto más adelante, más el 0,10%, menos la cuota de bonificación que pudiera corresponder, sin aplicación de la cláusula declarada nula, que habrá de presentar la demandada y condenada en el plazo que se le señale al efecto, y ello imputando todos los pagos efectuados por el prestatario por todos los conceptos al abono de los intereses ordinarios y a la amortización de intereses y capital del préstamo.

En cuanto a los intereses moratorios, todo ello de conformidad con el art. 1.108, en relación con los arts. 1.100 y 1.101, todos del Código Civil, así como del antes transcrito art. 1.303 del mismo, la demandada, al haber incurrido en mora, deberá satisfacer el interés legal de la cantidad resultante de la anterior liquidación desde la fecha de cada cobro indebido, aplicándose desde la fecha de esta sentencia lo establecido en el art. 576 de la N.L.E.C.. Y ello de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, expuesta en la Sentencia de 19 de febrero de 2.004 (rec. 941/1998), que señala que *"El Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de diciembre de 1997, declara que el brocardo "in iliquidis no fit mora", aplicable a supuestos muy variados en su tipología pero referentes, sustancialmente, a aquéllos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuado, en su aparente automatismo, por la relativamente reciente doctrina jurisprudencia de esta Sala al introducir importantes matizaciones en su aplicación, las que, en último término, se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aún cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial, y en esta línea jurisprudencial se encuentran, entre otras, las Sentencias de 5 de abril de 1992 y 18 de febrero, 21 de marzo y 24 de mayo de 1994. El interés de demora no trata de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial, (Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1992), sino de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda (Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 1993). En igual sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1998 y 9 de marzo de 1999".*

SEXTO.- Respecto de la cláusula que fija el tipo de referencia de interés nominal anual "cláusula IRPH entidades", así como del índice sustitutivo IRPH Bancos, inserta en la Estipulación 3.2.A, entiende la entidad demandada que son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, no siendo susceptibles de ser sometidas al control de contenido sobre su carácter abusivo.

La cuestión del posible control que puede ser efectuado sobre las cláusulas que determinan el objeto del contrato, como las anteriores (o la denominada "cláusula suelo"), que fijan el precio del contrato, ha sido ya establecida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013. Establece esta Sentencia que << 191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la

posibilidad de controlar si su contenido es abusivo. 192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] 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", y 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 [...]". 193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección", y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...]no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que 43 hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible". 194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración". 195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTs 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, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio. 2.3. Conclusiones. 196. De lo expuesto cabe concluir: 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 >>.

Y en el mismo sentido se pronuncia la Sección 1ª de la A.P. de Álava en la Sentencia núm. 351/2016, de 9 de noviembre (rec. núm. 511/2016), que concluye diciendo que "En nuestro caso, en cuanto que la cláusula tercera bis se refiere a la remuneración que el cliente debe abonar a la entidad bancaria por el préstamo, debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato, por tanto, no cabe el control del precio, solo podemos analizar el control de transparencia, que comprende el control de inclusión, la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significa".

Aplicando la doctrina anterior resulta que aun cuando con carácter general las cláusulas que constituyen o definen el objeto del contrato no pueden ser sometidas con carácter general al control de abusividad sobre su contenido, sí es posible someterlas al doble control de transparencia en cuanto a validez de incorporación y en cuanto a su comprensibilidad real, de tal modo que se puede controlar su abusividad siempre que la cláusula no sea transparente, entendiendo sensu contrario lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva.

SÉPTIMO.- Resuelta la cuestión del posible control de abusividad de las cláusulas que definen el objeto del contrato en cuanto al doble control de transparencia o comprensibilidad real, es necesario valorar la validez de su incorporación en el contrato de préstamo de 15 de abril de 2005, por subrogación en los términos ya expuestos en esta sentencia. En cuanto al tipo de referencia IRPH Entidades y al índice de Referencia Sustitutivo IRPH Bancos, la cláusula 3, bajo el epígrafe "Intereses", establece en su apartado 3.2 denominado "Tipos de interés aplicables a los compradores subrogados" lo siguiente: "(...) a la fecha de dicha subrogación el tipo de interés que resulte de añadir un diferencial de 0,10 puntos porcentuales al tipo de interés básico de referencia que después se define vigente en el momento de la subrogación. A) A estos efectos, se establece

como Tipo de Interés de referencia el siguiente: el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito y publicado mensualmente por el B.O.E., como índice o tipo de referencia oficial, definido en el apartado 3 del anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España.B) Aunque el tipo de interés de referencia corresponda a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la del préstamo objeto de este contrato, no se efectuará ningún ajuste o conversión en el tipo de interés de referencia antes de calcular el tipo de interés aplicable.C) En el caso eventual de que dicho tipo de interés de referencia dejara de publicarse definitivamente, se aplicará como Índice de referencia sustitutorio el tipo medio de los préstamos hipotecarios nuevos a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por los Bancos y publicado mensualmente en el B.O.E. como índice o tipo de referencia oficial, definido en el apartado 1 del Anejo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España. Se entenderá que dicho tipo de interés de referencia ha dejado de publicarse definitivamente por la no aparición en el Boletín Oficial del Estado de tal tipo de referencia durante tres meses consecutivos computados de fecha a fecha y que uno de ellos fuera base para la referencia".

En este caso, la cláusula en cuestión está redactada con claridad superando el control de incorporación al que se someten las cláusulas que constituyen condiciones generales de la contratación, ya sea la persona que contrata consumidor o no, debiendo procederse como paso siguiente al control de transparencia en cuanto a comprensibilidad real de la cláusula, exigido por la normativa de consumidores y usuarios cuando la persona del adherente tiene la consideración de consumidor.

OCTAVO.- Resuelto como ha quedado el anterior punto, discuten las partes sobre la transparencia o comprensibilidad real de la cláusula controvertida en el presente caso. Y sobre el control de transparencia, el Tribunal Supremo ha dicho que: " 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; pero que 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". En cuanto a la incorporación, afirma que " las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC", y sigue diciendo que: "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; y 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, por lo que 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", para terminar concluyendo que las cláusulas referidas no serán transparentes cuando: " 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".

Y la A.P. de Segovia, Sección 1ª, en la Sentencia núm. 254/2016, de 19 de mayo de 2.016 (rec. núm. 254/2016), en relación con un préstamo hipotecario de la entidad Banco Popular Español, S.A., en su Fundamento Séptimo señala que "podemos establecer las siguientes premisas: A) Primer control: Control de incorporación. A través del primer control se examina la claridad de la propia cláusula así como la manera en la que se incorpora al contrato. Los parámetros de valoración son los artículos 5.5 y 7 de la LCGC. En el presente caso, dicha cláusula, leída de forma aislada y desde un punto de vista estrictamente gramatical o literal, como dice la STS de 8 de septiembre de 2014 , es clara y comprensible pues concreta los tipos de interés nominal que se tomarán como referencia, siendo índices oficiales y que se publican en el BOE, quedando de esta forma a disposición del cliente si éste quiere consultarlo. Por tanto, se cumple el primer nivel de transparencia pues, como señala la sentencia recurrida, el examen de la escritura de 3 de abril de 2006 pone de relieve que la mención al tipo de interés de referencia recibe un tratamiento específico e incluso resaltado en negrita, que no puede pasar desapercibida. En consecuencia, el control de incorporación conforme a la LCGC se entiende superado por cuanto la redacción de la cláusula es clara, se limita a hacer referencia al índice aplicable para el cálculo del tipo de interés conforme a la definición dada por las normas arriba indicadas, lo cual permite su conocimiento por el adherente, en este caso consumidor (conforme no se cuestiona), dado que no se aprecia ningún problema de ilegibilidad, ni de oscuridad que la oculte ni la haga incomprensible. Por todo lo dicho, consideramos que en el presente caso se supera el control de incorporación. Ahora bien, lo que habrá que analizar a continuación, en los términos que se exponen en

la demanda, es si el prestatario tuvo la oportunidad de comprender la carga jurídica y económica que la cláusula mencionada comporta al respecto, y si de forma efectiva llegó a comprender la misma. Así, en palabras del TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013 (FJ 215), reiterada en sus sentencias de 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo y 23 de diciembre de 2015. B) Segundo Control: 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. Este segundo control tiene por base el artículo 5 de la Directiva y el mismo ha sido interpretado por el TJUE en el sentido de exigir una comprensibilidad real del significado económico de la cláusula, garantizándose por tanto una transparencia no solo formal sino material. En definitiva, la Directiva exige que las cláusulas cumplan con la debida transparencia, en el sentido de que se redacten de manera clara y comprensible, de forma que la redacción unida a la información suministrada al consumidor, permitan a este acceder a comprender realmente su significado, funcionamiento y consecuencias económicas". Y concluye afirmando que "por lo que se refiere a ese segundo control de transparencia o comprensibilidad, compartimos plenamente la fundamentación del juez a quo en cuanto a que en el presente caso existe un dato, que el mismo califica de característico y decisivo en esta litis, y que desde luego no puede ser obviado, cual es que el demandante y ahora recurrente ya era titular de un préstamo hipotecario anterior suscrito con la entidad "BSCH", que canceló para contratar un nuevo préstamo con garantía hipotecaria con el entonces ... de Castilla, S.A. (hoy ..., S.A.), racionalmente porque le ofrecía un producto más beneficioso. Y en efecto, partiendo de que el interés variable se fija en función de un tipo referencial al que se adiciona un margen porcentual, y que el actor y ahora recurrente mantenía con la anterior entidad BSCH el euribor incrementado en un punto, tuvo racional y necesariamente que representarse cuál era el nuevo tipo de referencia que contrataba con la nueva entidad y el margen porcentual que se le iba a sumar, para valorar el coste del préstamo, optando libremente por contratar el nuevo préstamo, sin duda porque, en el momento de tal contratación, se le representó como más beneficioso (aunque después resultara no serlo por causas que no pueden ser imputadas a la entidad), lo que determina que el control de comprensibilidad deba apreciarse también superado en este concreto caso, siendo cuestión distinta que la evolución económica del préstamo no se correspondiera con la representación del mismo al tiempo de la contratación".

Y, asimismo, la A.P. de Álava, Sección 1ª, en la Sentencia núm. 351/2016, de 9 de noviembre de 2016 (rec. núm. 511/2016), analiza el tema aquí planteado diciendo:

" CUARTO .- De la negociación del tipo de interés y la pretendida exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de Contratación.

A continuación mantiene Kutxabank que el índice que se declara nulo por falta de transparencia por la sentencia recurrida fue efectivamente negociado con la prestataria, igual que el resto de cláusulas contractuales (capital, plazo, tipos de interés o forma de amortización), por lo que entiende que no son condiciones generales conforme a la definición que contiene el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Entiende que ese índice es objeto principal del contrato de préstamo y siempre se negocia, razón por la que difiere en cada caso, explicando que en éste la cliente tomó en préstamos previos con otros índices distintos.

Sobre esta cuestión ya hemos expuesto criterio uniforme en las SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, 31 mayo 2016, rec. 225/2016, 29 junio 2016, rec. 334/2016, 30 junio 2016, rec. 343/2016, 19 octubre 2016, rec. 447/2016, 20 octubre 2016, rec. 473/2016 y 2 de noviembre 2016, rec. 499/2016, apartando el argumento, en tanto que "El art. 1 LCGC establece que 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 STS de 9 de mayo de 2013 que trata de las cláusulas suelo calificándolas como abusivas indica en su apartado 137 en relación a este artículo que la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

- 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.

En el apartado 144 indica que el hecho de que las condiciones se refieran 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 estas se definen en el proceso seguido para su inclusión en el mismo. El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes. No excluye la naturaleza de condición general el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

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 (apartado 165). En el mismo apartado también dice que 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. No puede equipararse la negociación con la posibilidad de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

El Tribunal Supremo indica (apartado 165): " De lo hasta ahora expuesto cabe concluir 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".

Sobre la negociación de la cláusula alegada en este mismo motivo dice el art. 3.2 de la Directiva 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1.993, que "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 haya 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".

Tanto la Directiva como el párrafo segundo del art. 82 RDL 1/2007 establecen que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". Lo que significa que corresponde a la Kutxabank aportar la prueba necesaria para demostrar que existió negociación, de lo contrario, la cláusula ha de considerarse impuesta al actor y sin posibilidad de influir en su contenido.

En relación a este extremo, la STS de 18 de junio de 2.012 indica: "El << carácter negociado de las cláusulas >>, que excluye la aplicación de la Ley General de Consumidores y Usuarios en el ámbito de la contratación previsto en el artículo 10, en su nueva redacción dada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998, así como lo dispuesto por esta última en orden al control de inclusión, transparencia y reglas de interpretación (artículo 1 en relación con los artículos 5 y 6 de la Ley), también debe darse prevalencia a la consideración que realiza la sentencia de Apelación que, en el marco de la prueba practicada, no impugnada por la parte recurrente, llega a la conclusión del carácter negociado de estas cláusulas no solo por incidir en la esencia patrimonial de la póliza de préstamo, sino también por la comparación y contraste que hicieron los actores al recurrir, sin éxito, a otras entidades financieras. Frente a esta consideración, la mera alegación de que la parte recurrente no participó en la redacción del contrato no desvirtúa para nada que el contenido fuese negociado, máxime si se tiene en cuenta que los prestatarios suscribieron, previamente a la formalización en escritura pública del préstamo convenido, los documentos explicativos de la entidad financiera en donde se informaba de las condiciones concretas de la operación a realizar: oferta vinculante del préstamo hipotecario a interés fijo, liquidación de intereses y orden de pago de deudas de los prestatarios según sus propias indicaciones". El Alto

Tribunal analiza en este caso un préstamo concedido a un consumidor por una empresa dedicada a conceder préstamos con intereses muy altos, cuasi usurarios. La relación empresa- cliente en este caso no es la misma que cuando el prestamista es una entidad bancaria.

Abundando en lo anterior la STS 9 de mayo de 2.013 dice que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (apartado 156), como sucede con los servicios bancarios y financieros (apartado 157). Y en este caso la apelante no desvirtúa el razonamiento de la sentencia de instancia cuando señala que no hay rastro documental que permita apreciar la existencia de alguna oferta de otra opción para acogerse a otros índices oficiales, para llegar a la conclusión de que a la cliente se le ofreció el préstamo con el tipo de interés variable referenciado al IRPH pudiendo ésta simplemente aceptarlo o rechazarlo. Lo mismo señala la SAP Guipúzcoa de 10 de julio de 2.015 ".

En el préstamo controvertido la finalidad de refinanciar deudas previas o invertir en el local no se contempla en la oferta vinculante, que la entidad bancaria ni siquiera aporta a los autos. Ciertamente consta en la cláusula 19 de la escritura (reverso folio 54 de los autos), una indicación de que el notario dice haber leído un anexo por el que se da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 7 de la OM 5 mayo 1994, pero no hay rastro, pese a lo alegado por la recurrente, de que se hubiera hecho oferta vinculante.

El doc. nº 4 de la contestación a la demanda (folio 155), no es tal, sino una "simulación" ¿como recoge el propio documento- que informa de la financiación, gastos y seguros, información que, además, es incorrecta, porque indica que el período de revisión del interés variable será trimestral cuando en la cláusula 3.a de la escritura que documenta el préstamo (reverso folio 41), claramente consta que es semestral. Finalmente, no consta que dicho documento se entregara a la cliente, porque no aparece su firma ni hay prueba de haberlo recibido.

Si hubo negociación, como se afirma, debe acreditarse, por disponerlo el art. 82.2 TRLGDCU. La pretendida negociación no se prueba, pues ni hay rastro de la oferta vinculante, ni se incorpora a la escritura, ni la información que se dice haber facilitado coincide con la que luego se incorpora al préstamo definitivo, ni se ha demostrado de algún otro modo.

Admite la parte apelante que fue Caja Vital, a la que sucede Kutxabank, quien redacta la cláusula tercera d, de forma semejante a la que utiliza en otros contratos como los recogidos en las sentencias antes citadas (SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, 31 mayo 2016, rec. 225/2016, 29 junio 2016, rec. 334/2016, 30 junio 2016, rec. 343/2016, 19 octubre 2016, rec. 447/2016, y 20 octubre 2016, rec. 473/2016, 30 junio 2016, rec. 343/2016, 19 octubre 2016, rec. 447/2016, 20 octubre 2016, rec. 473/2016 y 2 de noviembre 2016, rec. 499/2016). De ahí que sea posible concluir, pese a las razones que opone la apelante, que las dos cláusulas controvertidas, de interés de demora a cuya nulidad se aquieta, y la que determina el índice para remunerar el préstamo, son condiciones generales.

Tampoco hay constancia, ni se alega por la recurrente, de que se ofrecieran índices diversos, menos perjudiciales por su comportamiento para el cliente. De ahí que reiteremos lo que expusimos en la SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, al explicar que "siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2.013 y otras dictadas por el Alto Tribunal, la Sala considera que las cláusulas cuestionadas en el presente litigio son condiciones Generales de la Contratación, redactadas por la entidad bancaria sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporadas a otros contratos de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula y las condiciones que contiene se dieron a conocer al cliente, hubo una información precontractual, pero no una negociación individualizada ".

Y continúa en su Fundamento Sexto acordando la cuestión del control de transparencia formal o documental:

" Seguidamente explica la parte recurrente que ha atendido la exigencia de transparencia, el doble control a que alude la jurisprudencia que interpreta el art. 5 LCGC, de incorporación o documental, y material o de comprensibilidad (STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, 8 septiembre 2014, rec. 1217/2013, y 25 marzo 2015, rec. 138/2014).

El mencionado art. 5.1 LCGC dispone que " Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas ". La norma previene además que: " No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas".

El precepto deriva del art. 3.2. de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que indica: "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".

Tanto la Directiva como el párrafo segundo del art. 82.2 del RDL 1/2007 disponen que " el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba ". El recurrente habrá de facilitar al tribunal, por lo tanto, prueba suficiente para acreditar que hubo negociación. Si no la hubiera habido, si el consumidor no estaba en condiciones de lograr su supresión, sustitución o modificación, la cláusula ha de considerarse impuesta, pues sólo puede adherirse para contratar, sin posibilidad efectiva de influir en sus términos.

Afirma la parte recurrente que la cláusula 3.d.1 es clara al fijar el índice entidades, de modo que supera el primer control formal o documental. Como se ha dicho en el FJ 4º, no hay prueba de que hubiera oferta vinculante. En la cláusula 19 de la escritura, que aparece al reverso folio 54 de los autos, se indica que el notario dice haber leído un anexo por el que se da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 7 de la OM 5 mayo 1994, pero tal oferta ni se incorpora a la escritura, ni se ha aportado a los autos, de manera que se desconoce qué decía.

La información que consta en el doc. nº 4 de la contestación (folio 155), como se dijo antes, no se corresponde con la que luego contiene la escritura, pues en lugar de ser los períodos de revisión del interés variable trimestrales, como dice la "simulación", aparecen en el préstamo como semestrales. Tampoco aparece el tipo de interés, o que se entregara la simulación al cliente. Sólo por tal ausencia, debiera declararse la nulidad por falta de transparencia formal o documental del índice discutido, al haberse vulnerado las previsiones del art. 5 LCGC. "

En el Fundamento Séptimo estudia la cuestión del control de transparencia material o de comprensibilidad, estableciendo que:

" Respecto al segundo control de transparencia, material o de comprensibilidad, dice la STJUE 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , al respecto de las condiciones generales que se incorporan a un contrato bancario, en § 71 que " la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical".

Añade en § 73 que "del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo ", y en el fallo que " el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 , debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

También nuestra jurisprudencia desarrolla exigencias semejantes respecto a la comprensibilidad de la cláusula cuestionada. El § 211 de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 , dice que para realizar "este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

Explica Kutxabank que se facilitaron explicaciones y se informó suficientemente. Sin embargo no consta probada la entrega de la oferta vinculante, de modo que un elemento esencial para constatar que se facilitó información no se dispone. Tampoco hay constancia, como exponíamos en SAP Álava, Secc. 1ª, 29 junio 2016, rec. 334/2016 , de que " se diera información de los diferentes índices que podrían haberse aplicado, su distinto comportamiento, la forma en que se confeccionan, el importe que alcanzan, o sus diferencias en contextos similares. Podrían haberse elaborado gráficos y superponerse los correspondientes a distintos índices para

percibir cómo funcionan y disponer de la información precisa que exige la directiva y la norma transpuesta". Ni se alega, ni se acredita.

En la SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, expusimos que "Kutxabank no ofrece al cliente otros índices diferentes como el Euribor para que pudiese optar entre ellos. Es evidente que cuando un particular contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad de principal tan importante. Pues bien, estamos seguros que si Kutxabank hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor habría optado por el Euribor más un diferencial. En la sentencia de instancia se explica la diferencia de comportamiento entre el IRPH y el Euribor, a las que nos remitimos para no ser reiterativos (fundamento cuarto sentencia de instancia).

Corresponde a Kutxabank acreditar que explicó al cliente la cláusula tercera bis que contiene el interés variable a partir del primer año, también corresponde a la entidad acreditar que ofreció al cliente otras alternativas, que el índice IRPH no fue la única propuesta, y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir, pero nada de esto ha acreditado".

En semejante línea se pronuncian las SAP Álava, Secc. 1ª, de 31 mayo 2016, rec. 225/2016, 29 junio 2016, rec. 334/2016, 30 junio 2016, rec. 343/2016, 19 octubre 2016, rec. 447/2016, 20 octubre 2016, rec. 473/2016, y 2 de noviembre 2016, rec. 499/2016, que insisten en que corresponde al profesional adoptar las cautelas precisas para que los clientes comprendan el contenido de la cláusula, las características del índice, las diferencias entre el elegido y otros, su comportamiento en ejercicios anteriores, y exponer las ventajas que pudiera tener frente a otros, como el Euribor, de comportamiento más ventajoso para los clientes que el IRPH entidades.

Incluso el Tribunal Supremo dice sobre esta cuestión en la STS 8 septiembre 2014, rec. 1217/2013, FJ 2º, apartado 9, que si la cláusula no forma parte de las negociaciones y tratos preliminares, se incorpora de forma no transparente. En este caso, a la vista de que no se ha demostrado que se hubiera facilitado información, de los términos de la oferta vinculante, de que se hubiera explicado a la clienta las consecuencias de optar por ese índice en lugar de otros de comportamiento más favorable para el prestatario, debe considerarse no probada la negociación, vulnerada la exigencia de transparencia material, y por tanto, desestimarse el motivo del recurso".

Y en cuanto a la falta de transparencia alegada en su comprensibilidad real, conforme a las reglas de la carga de la prueba del art. 217 de la LEC es a la parte demandada a la que le corresponde acreditar que se dio la suficiente información a la parte prestataria, consumidora, en cuanto a las consecuencias que implicaría la inclusión en el préstamo de una cláusula limitativa del tipo de interés variable.

Pues bien, de la documental aportada al procedimiento, y habida cuenta las reglas de carga probatoria del art. 217 de la LEC, se cumplen los requisitos fijados por la doctrina del Tribunal Supremo y por la antes expuesta "jurisprudencia menor" para que pueda ser declarada no transparente y abusiva, pues de la prueba practicada se desprende que no ha acreditado que por parte de la entidad bancaria se proporcionase ninguna información al prestatario hoy demandante Sr. Jesús Ángel, ni a su representante el Sr. Torcuato. No se acredita que se realizaran por la entidad demandada simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés de referencia en cuestión (IRPH), ni tampoco hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, lo que evidencia de un modo claro que la entidad prestamista no advirtió a la prestataria del verdadero alcance de la cláusula. Teniendo en cuenta que el prestatario es una persona física con la condición de consumidor, la entidad bancaria debió cumplir con su obligación de información así como a la evaluación de la situación económica del Sr. Jesús Ángel de tal modo que ésta pudiera tener conocimiento real de las consecuencias económicas del préstamo, información que correspondía a la entidad bancaria dado que es ella la que redacta e impone el clausulado del préstamo y es la beneficiaria del mismo. Dicha falta de transparencia en cuanto a comprensibilidad real sitúa a la consumidora en una situación de perjuicio comparativo y de desequilibrio respecto de la posición mantenida por la prestamista.

Por todos los motivos reseñados, procede declarar que la cláusula IRPH Entidades y el Índice sustitutivo IRPH Bancos no supera el control de transparencia, por lo que procede declarar la nulidad de la misma, preservando la vigencia del préstamo hipotecario y ello porque, aplicando igualmente la doctrina de nuestro alto tribunal en lo relativo a las consecuencias de la nulidad, hay que tener en cuenta que tiene establecido lo siguiente: " Como hemos indicado las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato -de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-. También hemos indicado que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa". Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento. Pues bien, partiendo de lo

expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia ", doctrina aplicable a la cláusula de fijación del índice de referencia del tipo de interés variable.

NOVENO .- Resuelto lo anterior, procede abordar la cuestión de la determinación del índice de referencia sustitutivo a aplicar, en su caso. Y a este respecto la A.P. de Álava, Sección 1ª, en la ya citada y parcialmente transcrita Sentencia núm. 351/2016, de 9 de noviembre de 2.016 (rec. núm. 511/2016), en su Fundamento Octavo, se pronuncia en los siguientes términos: *"Cuando se dispone la falta de eficacia de la cláusula que contiene el tipo de interés concluye la sentencia recurrida que no procede ninguno, lo que critica la apelante al considerar que la DA 15ª de la Ley 14/2013 se vulnera. Tal norma dispone la aplicación del índice sustitutivo, que en la escritura se dice que es el IRPH Cajas, que ha desaparecido. Por ello concluye que el índice aplicable es el señalado en la citada DA 15ª.3. Al respecto el art. 9.2 LCGC dispone que la sentencia que declare la nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente, la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCv, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones. El art. 1303 CCv establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Al no poderse aplicar el índice IRPH entidades, opera la previsión contractual que dispone como supletorio el mismo índice Cajas, que también ha desaparecido. La pretensión de aplicar la DA 15ª.3 de la Ley 14/2013 no es posible, porque aunque estemos ante un supuesto de incorporación no transparente, pueden aplicarse consideraciones semejantes a las del principio de no vinculación que garantiza el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que ha recogido la jurisprudencia que representan las STJUE de 30 de mayo 2013, C-488/11 , caso Dirk Frederik Asbeek Bruse, 14 de junio de 2012, C-618/10 , caso Banesto, y 21 enero 2015, C-482, 484, 485, 487/13, caso Unicaja Banco y Caixabank, y los ATJUE 11 de junio 2015, C-602/13 , asunto BBVA, y 17 marzo 2016, C-613/15 , asunto Ibercaja Banco".*

Por consiguiente, por aplicación del anterior criterio al supuesto planteado, sustancialmente igual al que resuelve la Sala, declarada la nulidad del IRPH entidades, procedería la aplicación del índice sustitutivo, que en la escritura se dice que es el IRPH Bancos, que igualmente ha desaparecido, por lo que no procede aplicar índice de referencia alguno, sino únicamente, en cuanto a los intereses ordinarios o remuneratorios, el diferencial convenido, y ello frente a lo interesado en la demanda.

DÉCIMO.- Habiéndose estimado la pretensión declarativa de la actora, procede determinar ahora cual deba de ser el alcance temporal de la declaración de nulidad, partiendo de que, según el artículo 1.303 del Código Civil , *" Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".* Y en este punto procede adoptar la misma solución que en cuanto a los efectos y alcance temporal de la restitución fijados para la nulidad de la cláusula suelo o cláusula de limitación del tipo de interés variable en el Fundamento Quinto de esta sentencia, y por la misma motivación expuesta en el mismo, que se da aquí por íntegramente reproducida, en evitación de innecesarias repeticiones, al resultar de plena aplicación a la ya declarada nulidad de la cláusula de fijación del tipo de interés de referencia, por tratarse también de un supuesto de nulidad de pleno derecho.

Por todo ello, procede estimar la pretensión principal de declaración de nulidad de la cláusula 3.2 que fija el tipo de interés de referencia principal y sustitutivo (IRPH Entidades e IRPH Bancos) y la pretensión accesoria de devolución de cantidades de la parte actora, declarando la nulidad de dicha cláusula, quedando la misma eliminada del contrato que liga a las partes, y condenar a la demandada a restituir a la parte actora las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la mencionada cláusula litigiosa desde el comienzo del contrato, esto es, desde el principio de su aplicación. En definitiva, ha de concluirse que los efectos de la declaración de nulidad de la "cláusula suelo" han de retrotraerse al inicio de su aplicación, sin limitación temporal, es decir, al principio del contrato.

Asimismo, se difiere la cuantificación del exceso a devolver a un momento posterior al dictado de sentencia, mediante la aportación por la entidad bancaria demandada y condenada del cuadro de amortización del préstamo recalculado sin aplicación de índice de referencia alguno, sino únicamente del diferencial pactado, del 0,10%, dejando de aplicar en lo sucesivo el IRPH, sin aplicación de la cláusula declarada nula, es decir, sin realizar en esta sentencia la liquidación de la cantidad a devolver a la demandante, que podría incrementarse durante los próximos meses hasta la firmeza y cumplimiento de esta sentencia, resultando ello conforme a derecho y, en concreto, al art. 219 de la N.L.E.C ., al tratarse de meras operaciones aritméticas con arreglo a criterios financieros y contables de carácter objetivo.

Por consiguiente, procede condenar a la mercantil demandada a la devolución al prestatario demandante de las cantidades que han sido abonadas de más por el mismo en cumplimiento del contrato objeto de litis y como

consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula desde el inicio de su aplicación, sin limitación temporal, es decir, desde el principio del contrato, así como todas aquellas cantidades que en aplicación de dicha cláusula vaya cobrando la demandada durante la tramitación del procedimiento y hasta la resolución definitiva del litigio y eventual ejecución, cantidad que vendrá constituida por la diferencia entre el interés que hubiera procedido abonar según el contrato si no hubiera existido la citada cláusula 3.2 que fija el tipo de interés de referencia principal y sustitutivo (IRPH Entidades e IRPH Bancos), y éste fuera eliminado y no sustituido por índice alguno como referencia, más el diferencial pactado, y el efectivamente abonado, es decir, conforme al cuadro de amortización del préstamo recalculado al 0,10%, menos la cuota de bonificación que pudiera corresponder, sin aplicación de la cláusula declarada nula, que habrá de presentar la demandada y condenada en el plazo que se le señale al efecto, y ello imputando todos los pagos efectuados por el prestatario por todos los conceptos al abono de los intereses ordinarios y a la amortización de intereses y capital del préstamo.

En cuanto a los intereses moratorios, todo ello de conformidad con el art. 1.108, en relación con los arts. 1.100 y 1.101, todos del Código Civil, así como del antes transcrito art. 1.303 del mismo, la demandada, al haber incurrido en mora, deberá satisfacer el interés legal de la cantidad resultante de la anterior liquidación desde la fecha de cada cobro indebido, aplicándose desde la fecha de esta sentencia lo establecido en el art. 576 de la N.L.E.C. (al reclamarse así en la demanda, y no desde cada pago indebido). Y ello de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, expuesta en la Sentencia de 19 de febrero de 2.004 (rec. 941/1998), que señala que *"El Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de diciembre de 1997, declara que el brocardo "in iliquidis no fit mora", aplicable a supuestos muy variados en su tipología pero referentes, sustancialmente, a aquéllos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuado, en su aparente automatismo, por la relativamente reciente doctrina jurisprudencia de esta Sala al introducir importantes matizaciones en su aplicación, las que, en último término, se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aún cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial, y en esta línea jurisprudencial se encuentran, entre otras, las Sentencias de 5 de abril de 1992 y 18 de febrero, 21 de marzo y 24 de mayo de 1994. El interés de demora no trata de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial, (Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1992), sino de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda (Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 1993). En igual sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1998 y 9 de marzo de 1999".*

DECIMOPRIMERO .- De conformidad con lo dispuesto por el art. 394,1 de la N.L.E.C., y con el criterio establecido por la Sentencia de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo nº 952/03, de 21 de octubre de 2.003, citada expresamente por la dictada por la Sección 4ª de la A.P. de Málaga con fecha de 6 de septiembre de 2.004 (rollo de apelación núm. 1006/03) y por la Sentencia de la Sección 5ª de la A.P. de Málaga, de 30 de noviembre de 2.007 (rollo de apelación núm. 705/07), entre otras, procede imponer a la demandada el pago de las costas procesales causadas, al producirse la estimación esencial de la demanda, de la acción de nulidad instada frente a las dos de las cláusulas contractuales del préstamo hipotecario de referencia, y de restitución de prestaciones realizadas en virtud de las mismas, con el matiz expuesto en cuanto a los efectos de la nulidad del índice de referencia del interés ordinario. Y dicha Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo establece, en concreto, que: *" esta Sala tiene declarado en numerosas sentencias, de ociosa cita, que para la aplicación del criterio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal, sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debería excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quién se vio obligado a seguir un proceso para ser realizado en su derecho, lo que, por lo antes explicado, determina el perecimiento de este apartado".*

Y ello aplicando, asimismo, el criterio establecido por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga en la Sentencia núm. 334/2015, de 10 junio (Recurso de Apelación núm. 630/2013), que, en un supuesto análogo al aquí planteado (en el que se estimaba la acción de nulidad de una cláusula suelo y de devolución del exceso cobrado, con la única limitación o salvedad de lo relativo a la fecha de retroacción de los efectos de dicha nulidad), señala en su Fundamento Sexto: *" La estimación en parte del recurso de apelación deducido por la entidad Banco Popular no comporta un cambio en cuanto al pronunciamiento en costas devengadas en la instancia como ya antes hemos adelantado, que se imponen a la entidad demandada al amparo del artículo 394 de la LEC, que determina la imposición de las costas de primera instancia a la parte vencida. Aunque es verdad que el apartado 2 de dicho precepto determina que si la estimación fuere parcial, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, la doctrina ha venido desarrollando la aplicación del*

precepto, desarrollando la doctrina que se ha dado en llamar de "estimación sustancial", de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2007 que dice "..... La doctrina de los Tribunales, con evidente inspiración en la "ratio" del precepto relativo al vencimiento, en la equidad, como regla de ponderación a observar algo en la aplicación de las normas de rendimiento jurídico, y en poderosas razones prácticas, complementa el sistema con la denominada "estimación sustancial" de la demanda que, siendo teoría se podría sintetizar en la existencia de un "quasi-vencimiento", por operar únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido". Doctrina esta de aplicación al caso y que como ya antes hemos expresado, permite mantener el pronunciamiento de condena en costas de la Instancia a la parte demandada, ello en la medida que la estimación de la demanda ha de entenderse sustancial, toda vez que se estima tanto la acción de nulidad, como la pretensión de devolución de cantidades abonadas en aplicación de la cláusula que se declara nula si bien conforme a la doctrina introducida por el Tribunal Supremo expuesta en la muy reciente Sentencia de 25 de marzo de 2015, es decir, lo no estimado es, únicamente, la retroactividad en la forma que se pedía, ya que se delimita conforme a la Sentencia del Pleno antes citada, que limita los efectos de la retroactividad a la publicación de otra Sentencia, también del Pleno del Tribunal Supremo, a la que hemos hecho constantes referencias, por lo que esta Sala considera que las pretensiones de la parte actora han sido acogidas en lo sustancial y ello debe comportar que las costas se impongan a la parte demandada, pronunciamiento éste de la Sentencia de instancia que, por demás es el que resulta más acorde a los principios de justicia, equidad y proporcionalidad, puesto que lo contrario supondría un gravamen para el actor que no debe soportar en justicia, al haberse visto obligado a interponer una demanda para ejercitar un derecho que en lo sustancial le ha sido estimado".

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **ESTIMANDO** la demanda interpuesta por D. Jesús Ángel contra la entidad Banco Popular Español, S.A., **declaro la nulidad** de pleno derecho de la Cláusula 3.2 sobre el tipo de interés ordinario de referencia y de la Cláusula 3.3 sobre el tipo mínimo de interés o "cláusula suelo", todo ello de las Cláusulas Financieras de la escritura de préstamo hipotecario otorgada ante el Notario de Marbella D. Manuel García de Fuentes y Churruca con fecha de 20 de enero de 2.004, con el número 142 de su protocolo, en el que actuó como prestamista la demandada Banco Popular Español, S.A., préstamo en el que se subrogó el actor Sr. Jesús Ángel mediante la Estipulación Segunda a) de la escritura de compraventa con subrogación en préstamo con garantía hipotecaria otorgada ante el Notario de Estepona D. José María García Urbano con fecha 15 de abril de 2.005, con el número 1.893 de su protocolo, aportadas como documentos nº 2 y 2 bis de la demanda, **condenando** a la demandada a *eliminar* dichas cláusulas del citado contrato de préstamo hipotecario, teniendo las mismas por no puestas ni incorporadas al contrato, absteniéndose de aplicarlas en el futuro, **condenándola**, igualmente, a la *devolución* al prestatario demandante de las cantidades que han sido abonadas de más por el mismo en cumplimiento del contrato objeto de litis y como consecuencia de la aplicación de las cláusulas 3.2 y 3.3 declaradas nulas desde el inicio de su aplicación, sin limitación temporal, es decir, desde el principio del contrato, así como todas aquellas cantidades que en aplicación de dicha cláusula vaya cobrando la demandada durante la tramitación del procedimiento y hasta la resolución definitiva del litigio y eventual ejecución, cantidad que vendrá constituida por la diferencia entre el interés que hubiera procedido abonar según el contrato si no hubiera existido el índice de referencia de la cláusula 3.2, *sin aplicar índice de referencia alguno*, ni la citada "cláusula suelo", sino únicamente, en cuanto a los intereses ordinarios o remuneratorios, el diferencial convenido, y el interés efectivamente abonado, y ello conforme al cuadro de amortización del préstamo recalculado al tipo del 0,10% menos la cuota de bonificación que pudiera corresponder, sin aplicación de las cláusulas declaradas nulas, que habrá de presentar la demandada y condenada en el plazo que se le señale al efecto, y ello imputando todos los pagos efectuados por la prestataria por todos los conceptos al abono de los intereses ordinarios y a la amortización de intereses y capital del préstamo; *más el interés legal* de la cantidad resultante de la anterior liquidación desde la fecha de cada cobro indebido, con aplicación desde la fecha de esta sentencia de lo dispuesto en el art. 576 de la N.L.E.C.; condenando, igualmente, a la demandada al pago de las costas procesales causadas.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe recurso de **APELACIÓN** para ante de la Audiencia Provincial de Málaga, que deberá *interponerse* ante este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS**, a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- En Marbella, a veintiocho de noviembre de dos mil diecisiete, la extiendo yo, el Letrado de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy se hace pública la anterior Sentencia, que es entregada en la Oficina Judicial, una vez extendida y firmada, por el Ilmo. Sr. Magistrado-



Juez, uniéndose certificación literal de la misma a los autos de su razón, incorporándose el original al legajo correspondiente y registrándose en el Libro de registro de Sentencias de este Juzgado que por orden correlativo según su fecha le ha correspondido, librándose los correspondientes traslados y despachos de los que queda unida copia, en su caso, para su notificación, de conformidad con lo previsto en los arts. 150 , 212 y 213 de la LEC , 265 , 266 y 454.1 de la LOPJ , 3 del Reglamento 172005, del Consejo General del Poder Judicial, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales y 6 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, aprobado por RD 1608/2005. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ