



Roj: **SAP IB 481/2019 - ECLI: ES:APIB:2019:481**

Id Cendoj: **07040370052019100185**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **13/02/2019**

Nº de Recurso: **783/2018**

Nº de Resolución: **99/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **SANTIAGO OLIVER BARCELO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00099/2019

Modelo: N10250

PLAZA MERCAT, 12

Teléfono: 971-728892/712454 **Fax:** 971-227217

Correo electrónico: audiencia.s5.palmademallorca@justicia.mju.es

N.I.G. 07040 42 1 2018 0001688

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000783 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 17 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000293 /2018

Recurrente: COLONYA CAIXA DE ESTALVIS DE POLLENÇA

Procurador: LIDIA PEREZ VICENS

Abogado:

Recurrido: Elias

Procurador: ANTONIO FERRAGUT CABANELLAS

Abogado:

SENTENCIA N°99

Ilmos. Sres/as.:

PRESIDENTE:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

MAGISTRADOS:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

Dª COVADONGA SOLA RUIZ

En PALMA DE MALLORCA, a trece de febrero de dos mil diecinueve

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 293/2018, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 17 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 783/2018, en los que



aparece como parte apelante, COLONYA CAIXA DE ESTALVIS DE POLLENÇA, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. LIDIA PEREZ VICENS y asistida por el Abogado D. JOSEP F. AGUILÓ SALAS; y como parte apelada, D. Elias , representado por el Procurador de los tribunales, Sr. ANTONIO FERRAGUT CABANELLAS y asistido por la Abogada D^a CRISTINA BORRALLO FERNÁNDEZ.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Magistrado D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo./a Sr./Sra. Magistrado-Juez, del Juzgado de Primera Instancia Número 17 de Palma, en fecha 13 de septiembre de 2018, se dictó sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: " **ESTIMANDO COMO ESTIMO** la demanda presentada por D. Elias , con Procurador Sr. Ferragut Cabanellas, frente a la entidad financiera COLONYA CAIXA D'ESTALVIS DE POLLENSA, con Procuradora Sra. Pérez Vicens, **DEBO DECLARAR Y DECLARO** la nulidad de la cláusula suelo contenida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 23 de abril de 2008, y en consecuencia, **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a restituir a la parte actora las cantidades pagadas en aplicación de la misma desde la celebración del contrato, con sus intereses legales desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción, así como al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró vista en fecha 28 de enero del corriente año, con asistencia de los letrados de las partes, informando en voz en dicho acto en apoyo de sus respectivas pretensiones, quedando el recurso concluso para Sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formulada demanda de juicio ordinario, en ejercicio de acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación, y de acción de reclamación de cantidad, por parte de D. Elias , contra la entidad "Colonya-Caixa d'Estalvis de Pollensa", en suplico de que: " *se dicte en su día sentencia por la que:*

DECLARE LA NULIDAD , por tener el carácter de cláusula abusiva la condición general de la contratación descrita en el Hecho Primero de la presente demanda y referente:

A los efectos interpartes y para el caso de revisión del tipo de interés, se acuerda que el tipo de interés ordinario nominal anual a aplicar, no sea inferior al TRES POR CIENTO (3%) ni sobrepasará nunca el ONCE ENTEROS CON SETENTA Y CINCO CENTESIMAS DE ENTERO POR CIENTO (11,75%), cualquiera que fuese lo que resultase de la aplicación del mecanismo de revisión antes expuesto. Y en virtud de ello:

1. **CONDENE** a la Entidad financiera demandada a **ELIMINAR** dicha condición general de la contratación de la escritura de préstamo hipotecario suscrita en fecha 23 de abril de 2008 ante el Notario Andrés María Monserrat Noguera, bajo número 645 de su protocolo, dejando sin efecto, como consecuencia de lo anterior, el posterior acuerdo de fecha 5 de febrero de 2015.

2. **CONDENE** a la demandada a la **DEVOLUCIÓN** al prestatario de cuantas cantidades haya cobrado o cobre como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula desde la formalización de la escritura.

3. **CONDENE** a la demandada a **RECALCULAR y REHACER** , excluyendo la cláusula suelo, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable concertados con el actor, contabilizando el capital respectivo que debió de ser amortizado, en la cuantía que se liquide posteriormente.

4. **CONDENE** en **COSTAS** a la parte demandada, con expresa imposición", fue contestada por ésta última; y, tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, recayó Sentencia a 13-septiembre-2018 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " **ESTIMANDO COMO ESTIMO** la demanda presentada por D. Elias , con Procurador Sr. Ferragut Cabanellas, frente a la entidad financiera COLONYA CAIXA D'ESTALVIS DE POLLENSA, con Procuradora Sra. Pérez Vicens, **DEBO DECLARAR Y DECLARO** la nulidad de la cláusula suelo contenida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 23 de abril de 2008, y en consecuencia, **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a restituir a la parte actora las cantidades pagadas en aplicación de la misma desde la celebración del contrato, con sus intereses legales desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción, así como al pago de las costas procesales".

Contra la anterior resolución se alza la representación procesal de "Colonya-Caixa d'Estalvis de Pollensa", alegando que la cuantía del procedimiento es determinable; que la cláusula discutida ha superado el doble control de transparencia y el proceso informativo de la fase precontractual; que solicitada, acordada y aceptada la reducción del tipo mínimo, supone un acto propio que hace desaparecer el posible desequilibrio entre



las partes (acuerdo de rebaja de 5-febrero-2015); que el acuerdo debe calificarse como transaccional, por concesiones recíprocas; por todo lo cual interesa que se dicte " *sentencia por la que, revoque la sentencia recurrida en los términos interesados en el presente recurso acordando la íntegra desestimación de la demanda, con expresa condena en costas a la parte recurrida*".

La representación procesal de D. Elías se opone al recurso formalizado de adverso, alegando "se dicte resolución por la que:

1.- *Desestime el recurso de apelación interpuesto por COLONYA CAIXA D'ESTALVIS DE POLLENÇA, S.A y confirme en todos sus extremos la sentencia de instancia.*

2.- *Imponga las costas de esta apelación a la recurrente por COLONYA CAIXA D'ESTALVIS DE POLLENÇA, S.A*".

En fecha 28-enero del año en curso fueron practicadas en esta alzada, previa admisión por Auto de 21-noviembre-18 , las pruebas consistentes en el interrogatorio del Sr. Elías , y en la testifical del Sr. Valeriano , con trámite de conclusiones orales, cuyo resultado consta en el soporte audiovisual correspondiente.

SEGUNDO.- Sobre la cuantía la argumentación de la parte actora podría resumirse en que la pretensión principal es la declaración de nulidad de cláusulas abusivas, y la restitución de lo abonado en aplicación de tales cláusulas es una de las consecuencias de dicha nulidad. La argumentación de la parte demandada consiste en la aplicación de la norma del artículo 252.2 de la LEC a estas actuaciones, respecto de acciones acumuladas, algunas con importe no cierto o líquido y otras sí.

Tal cuestión fue objeto de la sentencia del rollo 53/2.018 de esta Sala . En dicha resolución se considera que dicha cuestión debe quedar fijada en la instancia, y su repercusión sobre costas no puede ser diferida a un incidente sobre tasación de costas. Así se indica: " *Aún cuando la cuantía fijada no afecta a la adecuación del procedimiento seguido o la posibilidad de acceso a los recursos de casación e infracción procesal, nada impide que el Tribunal , en caso de impugnación por la parte demandada, se pronuncie sobre su correcta cuantificación, pues resulta relevante a los efectos de una posible condena en costas, dado que, como con reiteración ha venido sosteniendo este Tribunal, desde su concreción se produce una "perpetuatio", una petrificación de este dato procesal, que funciona sin alteración no sólo en todas las etapas o grados jurisdiccionales del procedimiento, sino igualmente en trámite de impugnación de costas, en caso de una condena al pago de las mismas", y, por tanto, el pronunciamiento sobre la cuestión es procedente.*" . Por tanto, en un supuesto como el que nos ocupa en el que dicha cuestión ha sido controvertida, con impugnación de la parte demandada sobre la cuantía propuesta por la parte actora en su demanda, el Juzgador debe decidir sobre la cuestión, aunque sea irrelevante a los efectos de determinar la clase del procedimiento a seguir, o la posibilidad de ciertos recurso, al ser el ordinario por disposición legal (art. 249.1.5 de la LEC) , y no cabe diferir la cuestión a los incidentes de impugnaciones de tasación de costas que en el futuro hipotéticamente pudieren suscitarse, lo cual, en el supuesto enjuiciado, es la única utilidad práctica de determinar la cuantía del procedimiento.

En cuanto al fondo, convenimos con la parte apelante que, precisamente porque la acción que de manera principal que se ejercita con la demanda, es la nulidad de una de las cláusulas del contrato de préstamo, la fijación que se efectúa en la demanda, como de cuantía indeterminada, es plenamente conforme a derecho, con independencia del alcance y efectos que produzca la nulidad para el caso de que prosperase dicha acción, lo que sería una consecuencia de la nulidad y no una acción propia o independiente de la acción principal. Consideramos que no nos encontramos en ningún supuesto de acciones acumuladas del artículo 252.2 LEC , con una acción principal de nulidad con su efecto de eliminación de la misma del contrato, y una restitutoria de la devolución de prestaciones derivada de la cláusula, sino ante el ejercicio de una acción de nulidad, con relación a la cual se solicita la restitución de las prestaciones, como consecuencia ex lege de dicha nulidad, y por así disponerlo el artículo 1.303 del Código Civil . Se aprecia una notable dificultad de cuantificar, pues alguno de los gastos de dicha cláusula anulada es posible que pudieren producirse en el futuro.

En consecuencia, se estima dicho motivo del recurso, y se declara que la cuantía del procedimiento es indeterminada.

Idem, según Sentencias de esta Sala, de fechas 20-9 , 26-4 , 5-9 y 11-7-2018 ; 13-12-2017 , 5-2-2019 y de 7-marzo-18 , por la que: " *Centrado de este modo los términos de la presente alzada, y comenzando por el primer motivo de impugnación esgrimido por la parte actora, relativo a la fijación de la cuantía del procedimiento, decir, en primer lugar, que aun cuando la cuantía fijada no afecta a la adecuación del procedimiento seguido o la posibilidad de acceso a los recursos de casación e infracción procesal, nada impide que el Tribunal, en caso de impugnación por la parte demandada, se pronuncie sobre su correcta cuantificación, pues también resulta relevante a los efectos de una posible condena en costas, dado que, como con reiteración ha venido sosteniendo este tribunal, desde su concreción se produce una "perpetuatio", una petrificación de este dato procesal, que funciona sin alteración no sólo en todas las etapas o grados jurisdiccionales del procedimiento, sino igualmente*



al trámite de la impugnación de costas, en caso de un condena el pago de las mismas, por lo que las alegaciones que efectúa la recurrente en orden a la improcedencia del pronunciamiento que a tal efecto se contienen en la resolución recurrida, no pueden tener acogida. Ello no obstante, y en segundo lugar, en orden a la correcta cuantificación, convenimos con dicha parte apelante, que precisamente porque la acción que de manera principal se ejercita con la demanda es la de nulidad de unas cláusulas del contrato de préstamo, la fijación en que se efectúa en la demanda, como de cuantía indeterminada, es plenamente conforme a derecho, con independencia del alcance y efectos que produzca la nulidad para el caso de que prosperase dicha acción, lo que sería una consecuencia y no una acción propia o independiente de la acción principal".

TERCERO .- Resulta realmente llamativa que la demandada sostenga todavía la validez de las cláusulas suelo.

La conocida como "cláusula suelo" suele establecerse en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria e interés variable, con un índice de referencia anual (EURIBOR) más un diferencial como una limitación a la variación del tipo de interés.

Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza -las denominadas cláusulas techo- y a la baja -las llamadas cláusulas suelo-, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario.

Cuando la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario al que se aplica el "suelo".

Y, 1º. 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.

2º. No podemos compartir la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una cláusula e imposición de la misma. El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC -"[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes [...]"- como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual"

3º. No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

"A efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente. Como de forma gráfica describe el Ministerio Fiscal, existe imposición cuando, elegido un determinado contrato, "[...] nada ni nadie evita al cliente la inserción de la cláusula suelo y techo". "take it or leave it" -lo tomas o lo dejas-

Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre - razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un "cliente cautivo" por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con "sus" bancos que minoran su capacidad real de elección.

La carga de la prueba de la negociación de las cláusulas predispuestas. A ello debe añadirse que, aunque la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que "[e]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba" -a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE "[e]l profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba"- en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla.

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 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.

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.

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.

"[f]la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en

cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de

transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis".

La expresada Directiva 93/13 dispone en el artículo 4.2 que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

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

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

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

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

"En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelen formar parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato".

a) Que las cláusulas suelen 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

control de su equilibrio.

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.

La transparencia a efectos de incorporación al contrato.

El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que "[...] los contratos deben redactarse en términos claros y

comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y el artículo 5 dispone que "[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible".



El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible. [...] Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 1 LCGC para su incorporación a los contratos.

Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente, supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

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.

No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.

Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

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

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

Falta de información en las cláusulas suelo /techo.

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

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

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

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.



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

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

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

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. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

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

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 lo referente a la trascendental cuestión de la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, dispone la STS de 9 de mayo de 2013: "Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "[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".

Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, "[...] de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la *condictio in debiti*". Se trata



del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

"[I]a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tune)".

No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)-,

También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad

Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (empresa gasista alemana), ya citada, apartado 59, dispone que "[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.

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

Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia".

En definitiva, la STS de 9 de mayo de 2013 , declara la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por:

- a) La creación de la apariencia de 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.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

A partir de esta STS de 9 de mayo de 2013 , ya no se plantea que las cláusulas suelo sean nulas por abusivas, lo que se considera sentado por dicho criterio jurisprudencial, sino que la única cuestión controvertida es ahora, el efecto retroactivo de la declaración de nulidad de dichas cláusulas.

En la STS de 25 de marzo de 2015 , ponente: Eduardo Baena Ruiz, se ejercitaba una acción individual, frente a BBVA. En la primera 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 condenó a BBVA a la devolución a los demandantes del importe cobrado hasta la fecha de la demanda en virtud de la aplicación de la cláusula suelo.

La sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava confirmó esta resolución y recurre en casación el BBVA

Añade más adelante, en refuerzo de su decisión, que la acción ejercitada en la sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 era la de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con la legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los artículos 12,16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los artículos 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tune. A juicio del Tribunal el propio Fundamento Jurídico Séptimo de la Sentencia



dictada por el Tribunal Supremo deja bien claro, igual que el fallo, que la no retroactividad se refiere a esa sentencia, no a otras que se dicten con posterioridad.

El TS entiende que no resulta trascendente, al efecto aquí debatido, que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato.

Respecto del trastorno grave del orden público económico la sentencia de la Sala en la letra "K" del párrafo 293 afirma que:

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

Pretender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de

procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatadle por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa.

Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto.

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

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

Se fija como doctrina en esta sentencia: "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, Re. 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 "

En esta sentencia se emite un voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado don Xavier O' Callaghan Muñoz; destacándose en el mismo: "Este propósito, por lo demás, resulta plenamente coherente con el actual proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios, en donde la novedad e impronta que presenta el control de transparencia, como plasmación del principio de transparencia real en el marco general del control de abusividad, está dando lugar a una necesaria adecuación de la dogmática tradicional del contrato en aras a superar la concepción meramente "formal" de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la naturaleza negocial del contrato y, por extensión, al mero literalismo interpretativo ("pacta sunt servanda"), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutabilidad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de la contratación bajo condiciones generales.

Esta primera aproximación permite, en primer lugar, matizar en cuanto a su alcance y sin perjuicio de lo que se desarrolle en casación, el pronunciamiento de esta Sala en relación a la mal

llamada irretroactividad de la cláusula declara nula: tal petición fue introducida por el Ministerio Fiscal sin que integrara inicialmente el objeto del proceso y su adopción obedeció a razones económicas que



así lo aconsejaban en el marco del enjuiciamiento abstracto propio de la acción de cesación lo que, por supuesto, en ningún caso implica que se haya declarado la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo en general. Es decir, no podemos olvidar que la STS de 9 de mayo de 2013 da respuesta a una acción ejercitada por unas partes procesales, en concreto, una asociación de consumidores de productos bancarios, AUSBANC, como demandante, y unas concretas entidades bancarias como demandadas, por tanto, si al final del pronunciamiento el Tribunal se pronuncia sobre la mal llamada irretroactividad, ese pronunciamiento lo debemos entender realizado sólo y exclusivamente para su sentencia pues en ese marco donde se ha pronunciado. Lo cual, y esta es la verdadera razón desestimatoria del recurso extraordinario y que impide apreciar el efecto de cosa juzgada en la extensión pretendida por el recurrente, lleva aparejado que posteriormente los particulares entablarán el juicio correspondiente que decidirá lo pertinente en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas. En consecuencia será necesario, en el marco de una acción individual, examinar si en cada caso concurren o no las circunstancias que integran el juicio de transparencia y posteriormente determinar el régimen de ineficacia de la declaración en su caso, de nulidad y que se traduce en el efecto devolutivo de las cantidades percibidas por la aplicación concreta de la cláusula.

Sentado que la naturaleza y alcance de la ineficacia de la cláusula abusiva no puede ser sustentada desde un fundamento normativo de retroactividad, así como la innegable incidencia de la vía o acción específicamente ejercitada en su impugnación, especialmente de la debida diferenciación procesal y sustantiva entre la acción de cesación y la acción individual, [...]

Este sentido, y no otro, es el que cabe extraer del viejo brocardo "quod nullum est nullum effectum producere debet" y de la fórmula abierta que dispensa el artículo 1303 del Código Civil (ambos citados por la sentencia de 9 de mayo, párrafo 283), pues la referencia a la inexistencia de efectos ("nullum effectum") no se realiza desde el plano material o fáctico sino desde el plano de la causalidad jurídica, porque la reacción del ordenamiento jurídico ante los supuestos de ineficacia contractual no es siempre igual, ni uniforme, sino ajustada al fenómeno jurídico tomado en consideración.

En nuestro caso, esta causalidad jurídica o fundamentación técnica respecto de la restitución de las cantidades entregadas como consecuencia de la nulidad contractual de la cláusula abusiva, con mayor precisión del "efecto devolutivo" de las mismas, dado que el contrato no resulta resuelto, se realiza, como ya se ha destacado en las directrices de interpretación, en atención a las claves valorativas que definen la naturaleza del fenómeno en el que incide la ineficacia y la función de los instrumentos que la articulan. Claves, por lo demás, que ya han sido suficientemente desarrolladas por la doctrina jurisprudencial de esta Sala y por la jurisprudencia del TJUE y cuya aplicación al presente caso debería haber llevado a la plena estimación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas desde la perfección del contrato celebrado.

En síntesis, esta Sala tiene declarado, como doctrina jurisprudencial consolidada (STS de 8 septiembre 2014) que la ineficacia contractual en la contratación seriada, más allá de la referencia genérica al concepto de nulidad, tiene un tratamiento o fundamento específico y necesariamente conexo a la calificación de este fenómeno como un "modo de contratar", esto es, con un régimen y presupuesto causal propio y diferenciado. Régimen que, entre otros bienes jurídicos objeto de protección, responde a la finalidad tuitiva del consumidor adherente y que justifica el necesario cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden a asegurar el equilibrio prestacional y la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta y, con ellos, "la eficacia resultante de la misma".

En este contexto, el instrumento técnico que la normativa aplicable incorpora para articular dicho contraste o comprobación es el denominado control de abusividad que, por su función y naturaleza, es "un control de eficacia de la reglamentación predispuesta" y, por ende, de la ineficacia que pudiera derivarse. De esta forma, el control de abusividad opera como un "propio control de legalidad" que se proyecta, de un modo objetivable, en orden a la idoneidad de la reglamentación predispuesta respecto de los parámetros de equilibrio prestacional y de transparencia real anteriormente señalados. Proyección del control de abusividad que, necesariamente, se realiza al valorar la reglamentación predispuesta en "el momento de celebración del contrato". Conclusión inobjetable tanto en el campo de la doctrina científica como en el ámbito de la doctrina jurisprudencial (con especial reiteración en la

jurisprudencia del TJUE, sentencias de 21 febrero y 14 marzo 2013 y 16 enero 2014).

Esta caracterización, por lo demás, es igualmente predicable del control de transparencia (artículo cinco de la Directiva 93/13 , artículo 5. 5 y 7.b de la LOGO y 80.1 (a) del TR- LGDCU) que opera con un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio



patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).

Pues bien, dado que la ineficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación, Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter "ex tune", esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuerto.

Esta conclusión se alcanza por la naturaleza y función de los elementos que determinan el régimen de eficacia y de control de la contratación seriada, es decir, por la naturaleza y función del propio fenómeno de las condiciones generales, del control de abusividad y de la acción ejercitada; todo ello, conforme a la función tuitiva que los preside.

Así, por ejemplo, el primer elemento o criterio indicado, el fenómeno de la contratación bajo condiciones generales, nos informa, con carácter general, de la caracterización del régimen de ineficacia que resulta aplicable. En este sentido, acorde con la naturaleza y función de este fenómeno jurídico, la forma o el modelo de ineficacia responde a los parámetros de una ineficacia funcional, relativa, parcial e insanable. En efecto, la ineficacia es, en primer término, funcional, porque la reglamentación predispuerta, por su naturaleza, no contiene ninguna irregularidad en su estructura negocial y nace, por tanto, regularmente firmada y eficaz; sin embargo, funcionalmente su ejecución lleva a un resultado que el ordenamiento jurídico no permite consolidar, esto es, la lesión del consumidor adherente por la falta de equilibrio prestacional o de transparencia real.

En este contexto, también puede sostenerse que la ineficacia es provocada pues se permite que los consumidores y usuarios puedan operar dicha ineficacia con la correspondiente pretensión de impugnación. En segundo término, la ineficacia es relativa y parcial porque despliega sus efectos entre las partes (no tiene proyección "erga omnes") y afecta sólo a la cláusula declarada abusiva, que es objeto de la ineficacia, no así el resto del contenido contractual (principio de conservación del contrato en interés del consumidor).

Por último, la ineficacia es más bien insanable en relación a la cláusula declarada abusiva, pues no se permite su moderación, ni su integración en el contrato subsistente.

Por su parte, la naturaleza y función del control de abusividad y de la acción ejercitada, de acuerdo a la anterior caracterización general, nos concretan ya el alcance del mecanismo restitutorio que opera como una consecuencia directa de la situación de ineficacia de la cláusula declarada abusiva. En ese sentido, el control de abusividad, como control de eficacia de la reglamentación predispuerta se formula, necesariamente, desde una perspectiva declarativa del carácter abusivo de la cláusula, esto es, de la lesión o perjuicio que se infiere al consumidor en la reglamentación predispuerta y, por tanto, con remisión a la propia celebración del contrato que funcionalmente los causaliza. De ahí su correspondencia con el examen de legalidad o idoneidad que también, necesariamente, como se ha señalado, toma como referencia temporal el momento de la celebración del contrato para valorar el posible desequilibrio prestacional o la falta de la debida transparencia real. La idoneidad de la reglamentación predispuerta, por tanto, es valorada y declarada en atención al marco temporal de la celebración o perfección del contrato, momento "esencial" en donde el predisponentes tenía que haber cumplido ya sus especiales deberes de configuración negocial para que su reglamentación predispuerta no lesionara los derechos del consumidor adherente.

En esta misma dirección, se desenvuelve la naturaleza y función de la acción individual de impugnación que se ejercita. En efecto, de acuerdo con el carácter de ineficacia provocada señalado, y fuera del contexto dialéctico acerca de la naturaleza declarativa o constitutiva de la acción de anulación, lo cierto es que el específico tratamiento o concreción de la ineficacia resultante en el fenómeno de las condiciones generales queda informado, en este punto, por la pretensión de impugnación del consumidor adherente dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que declare el carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, por tanto, su nulidad e ineficacia contractual. Desde esta innegable perspectiva deben tenerse en cuenta dos criterios que delimitan el alcance del pronunciamiento judicial. El primero obedece a la propia estructura sistemática de nuestro Código Civil, en donde el mecanismo de la restitución viene referido como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato, en nuestro caso de la nulidad de la cláusula abusiva. Tratamiento unitario que resulta indiscutible en la estructura sistemática de nuestro Código Civil. El segundo, obedece a la propia naturaleza o formalidad del mecanismo de la restitución que conduce, en principio, a que las consecuencias o efectos de la misma hayan de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance "ex tune". Extremo, como fácilmente puede



observarse, completamente diferente al fenómeno de la retroactividad normativa y su aplicación judicial. Pues bien, en el presente caso, debe señalarse que nada obsta a que este alcance natural de la restitución opere con normalidad, pues en el contexto contractual en donde incide la acción ejercitada no se contemplan derechos de terceros que deban ser protegidos, ni otros planos de la relación contractual (liquidación del estado posesorio, indemnización de daños y perjuicios, etc.) que merezcan una aplicación diferenciada del meritado efecto restitutorio, que actúa, de forma natural como una consecuencia derivada de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. (SSTS de 30 abril 2013, núm. 275/2013 y 22 abril 2014, núm. 763/2013).

Como puede observarse, el tratamiento de las situaciones de ineficacia contractual resulta siempre complejo a la hora de su debida justificación o fundamentación jurídica, máxime en supuestos tan novedosos como los que se deriven de la aplicación del control de transparencia, pero precisamente por ello, resulta del todo necesario llevar a cabo la tarea de su delimitación y concreción jurídica. [...]

Control de transparencia y proyección del principio de buena fe. Principio de buena fe; su concreción y engarce contractual como fundamento de los especiales deberes de configuración contractual que incumben al predisponente.

Conforme a lo anteriormente expuesto, fundamento primero y segundo de este voto particular, y dada la remisión en bloque que se realiza respecto de la fundamentación técnica que desarrolló la sentencia de 9 mayo 2013 , tal y como se ha señalado, la única aportación específica que la presente sentencia dedica a la cuestión aquí debatida es la imposible alegación de buena fe, "por los círculos interesados", a partir de la fecha de publicación de la citada sentencia (fundamento de derecho décimo).

La expresión, que parece tomada de la STJÜE de 21 marzo 2013, RWE Vertrieb, (también citada en la STS del 9 mayo y que contempla un supuesto no asimilable al aquí tratado, como ya se ha señalado), merece ser objeto de comentario por su evidente ambigüedad, pues como sabemos las alegaciones al principio de buena fe, bien como delimitación del ejercicio de los derechos y deberes subjetivos (7.1 del Código Civil), o bien, como criterio de integración contractual (1258 del Código Civil) deben de ser objeto de concreción al caso en donde resulten de aplicación.

Así, en primer lugar, debe señalarse que precisamente esta Sala, en su sentencia de 8 septiembre 2014 , ya ha realizado esta concreción del principio de buena fe en la contratación seriada, particularmente respecto del control de transparencia. Esta concreción se ha realizado, además, en toda la vertiente de decantación conceptual que presentaba el citado principio, esto es, atendiendo al desenvolvimiento de las directrices de orden público, a su plasmación emblemática en la definición de la cláusula general de abusividad, a su específica aplicación en el control de abusividad y, en suma, a su necesario engarce o configuración contractual. Y el resultado de la misma no ha sido otro, por otra parte absolutamente lógico con relación a la naturaleza y función del fenómeno analizado, que proyectar su plena incidencia en el plano de los especiales deberes de configuración contractual que asume el predisponente en orden a la transparencia real de la reglamentación predispuesta, en el curso de la oferta y perfección del contrato celebrado. Deberes especiales de configuración contractual que, con fundamento en el principio de buena fe contractual así señalado, no pueden resultar desnaturalizados por la fecha de publicación de ninguna sentencia, pues constituyen el objeto de examen del control de transparencia y vienen impuestos por la propia función tuitiva de la normativa aplicable en esta materia afectando, por definición imperativa de esta normativa, al predisponente y no al consumidor adherente.

Otra cuestión, en segundo lugar, es que la presente sentencia realce que tras la publicación de la sentencia del 9 mayo 2013 se dé un conocimiento general del alcance de la cláusula suelo que haga perder su condición de cláusula sorpresiva, o al menos desconocida para el consumidor adherente. Extremo, que tampoco impediría que el consumidor estableciera la correspondiente impugnación, si bien, esta divulgación o conocimiento general de la citada cláusula sería tenida en cuenta en el pertinente control de transparencia a los efectos de valorar su validez y eficacia, pero sin alterar o invertir la proyección del principio de buena fe, como fuente o fundamento de los citados especiales deberes de configuración

contractual a cargo del predisponente.

Por último, y en tercer lugar, lo que resulta inasumible, por muchos "círculos" que se quieran realizar, es que el principio de buena fe, dispuesto al servicio o tución del consumidor adherente, opere en contra del mismo incluso sobre aspectos o ámbitos de la relación negocial predispuesta con anterioridad a la citada fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013 , caso del efecto devolutivo de los intereses pagados con anterioridad a dicha fecha por el consumidor adherente, y con independencia de proceso judicial alguno al respecto; de forma que se produce la "cuadratura del círculo" al dictar una sentencia creadora de una auténtica norma general, con carácter retroactivo, y sin cobertura legal para ello.



La improcedencia del efecto retroactivo de la sentencia respecto de la prohibición de moderar o integrar la eficacia de la cláusula declarada abusiva.

Por último, debe señalarse que la presente sentencia al declarar la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, declaración que se realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 junio 2012 (TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 21 marzo de modificación del Texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas.

Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descrita su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva.

[...] En virtud de todo lo razonado anteriormente, el recurso de casación debió ser igualmente desestimado, con la consiguiente confirmación tanto de la declaración de abusividad por falta de transparencia real de las cláusulas objeto de examen, como del pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente".

La Propuesta de la Comisión Europea al TJUE de 24 de septiembre de 2015 tiene por objeto una cuestión prejudicial planteada al TJUE por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, sobre la interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 .

Se plantea al TJUE si la interpretación de no vinculación del art. 6.1 de la Directiva, es compatible con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la cláusula suelo no se extiende a los efectos que se hayan producido durante su vigencia.

Se plantea asimismo, conectada con la primera, si es posible moderar por los tribunales la devolución de cantidades que haya pagado el consumidor en aplicación de la cláusula declarada nula desde el origen, por defecto de información y/o transparencia.

Antes de contestar estas preguntas la Comisión Europea recuerda, que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como a nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas.

Señalando también que el contrato de préstamo hipotecario es uno de los de mayor importancia económica y mayor repercusión social entre los contratos de consumo, resultando además clave para el acceso a la vivienda, reconocido en el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Señala la Comisión que la interpretación del derecho comunitario, y por tanto de la Directiva 93/13 incumbe, exclusivamente, al TJUE en su calidad de único intérprete de la legislación de la UE y no a los jueces nacionales de los estados miembros.

El art. 6.1 de la Directiva 93/13 establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, sin añadir ningún matiz o limitación temporal a la "no vinculación", por lo que el concepto "no vinculación" surte efectos "ex tunc" y no sólo desde la declaración de abusividad de la cláusula.



Interpretación que además coincide plenamente con el efecto de la nulidad de pleno derecho contemplado en el art. 1.303 C.C .

En lo referente a la remisión de la STJUE n° 1916/2013, de 21 de marzo, en el asunto RWE; en aquella ocasión el TJUE estableció que, con carácter excepcional y en aplicación del principio general de seguridad jurídica, se podía limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición interpretada por el TJUE exigiendo la concurrencia de dos requisitos: la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.

La Comisión señala que esta facultad correspondería en cualquier caso al TJUE y no a los tribunales nacionales que no tiene la posibilidad de limitar el alcance de la interpretación dada por el TJUE a una norma de la Unión.

En cualquier caso y, a efectos dialécticos, no concurren ninguna de las dos circunstancias en el caso de las cláusulas suelo y el alcance retroactivo de su declaración de nulidad ya que, en todo caso, de conformidad con el art. 3.1 de la Directiva 93/13, la buena fe queda excluida cuando se trate de una cláusula abusiva; tampoco se considera acreditada la existencia de "trastornos graves".

Considera la Comisión, que los efectos de la nulidad podrían de forma excepcional verse limitados cuando fuera necesario proteger el principio de cosa juzgada, como corolario del principio general de seguridad jurídica.

Concluye la Comisión europea señalando que "No es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ya ha pagado el consumidor, a que está obligado el profesional, en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia.

Como conclusión, la Comisión respetuosamente propone al TJUE responder a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Granada del siguiente modo:

"1. La interpretación de "no vinculación" que realiza el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es incompatible con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la citada cláusula extiende sus efectos (solo) hasta la declaración de nulidad de la misma.

2. El cese en el uso de una determinada cláusula declarada nula por abusiva, de conformidad con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE como consecuencia de una acción individual ejercitada por un consumidor, no es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad, salvo que dicha limitación sea necesaria para preservar el principio de cosa juzgada.

Además, de conformidad con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y la interpretación que de los mismos ha hecho el Tribunal de Justicia, no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ya ha pagado el consumidor, a que está obligado el profesional, en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia".

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone que, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

Por esta razón y con el fin de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, el artículo 6, apartado 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, dispone que "[L]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

El art. 7 de la directiva establece, en su párrafo primero que: "Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores":

La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13. STJUE de 4 de junio de 2009.

La normativa española de defensa de los consumidores y usuarios consagra, en el momento actual, la improcedencia de integrar el contrato con consumidores en caso de nulidad parcial.

El artículo 10.bis LCU Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Vigente hasta el 01 de Diciembre de 2007), introducido por la Disposición Adicional 1.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, modificó dicho régimen ya que, por un lado mantuvo la nulidad de las cláusulas y, por otro, tratando de restablecer el equilibrio interno del contrato admitió su integración: "Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato".

Así lo disponía el primer párrafo del artículo 83.2 TRLCU, a cuyo tenor "[l]a parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva".

Además, otorgó al juez facultades para inmiscuirse en el contrato y moderar su contenido. Así lo dispuso el segundo apartado del artículo 83.2 TRLCU, del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a cuyo tenor "[a] estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Finalmente, reservó la nulidad para supuestos en los que no era posible la reconstrucción equitativa "para ambas partes", al disponer en el párrafo tercero del propio artículo 83.2 TRLCU, que "Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato".

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

Por ello, el artículo 83 redactado por el apartado veintisiete del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre ("B.O.E." 28 marzo), establece que: "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

En el Preámbulo de la Ley 3/2014 de 27 de marzo, se establecía que se procede a dar cumplimiento a la STJUE de 14 de junio de 2012, que entendía que España no habla adaptado correctamente su Derecho interno al art. 6.1 de la Directiva 93/13. "En incumplimiento que el TJUE estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.258 C.C. y al principio de buena fe objetiva. El TJUE considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas no se apliquen a los consumidores, y en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar las cláusulas abusivas, al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios".

El carácter retroactivo de la declaración de nulidad, ex tunc, desde la fecha de celebración del contrato se recoge de manera clara y meridiana en el art. 1.303 C.C.: "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".



La cuestión de la retroactividad ha quedado definitivamente resuelta por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, conforme a la cual; "Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda en el asunto C-154/15 y sobre la primera cuestión prejudicial en los asuntos C-307/15 y C-308/15 .

46 Mediante las dos cuestiones prejudiciales del asunto C-154/15 y mediante la primera cuestión prejudicial de los asuntos C-307/15 y C-308/15 , que procede examinar conjuntamente, los tribunales remitentes piden sustancialmente que se dilucide si 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 judicial del carácter abusivo, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula incluida 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 mencionado carácter abusivo.

47 Con carácter preliminar, procede examinar la alegación del Gobierno español, de Cajasur Banco y del Banco Popular, según la cual la cuestión de los efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula como las cláusulas controvertidas en los litigios principales no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, habida cuenta de que, al efectuar su pronunciamiento, el Tribunal Supremo garantizó a los consumidores un nivel de protección más elevado que el que garantiza la propia Directiva.

48 A este respecto, es cierto que de los autos de remisión se

desprende que, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo , para justificar un control del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas, relativas al objeto principal de los contratos de que se trataba, interpretó la exigencia de transparencia a que se refiere el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva en el sentido de que tal exigencia no se circunscribía a la transparencia formal de las cláusulas contractuales, que implica el carácter claro y comprensible de la redacción de éstas, sino que se hacía extensiva a la observancia de la transparencia material, que implica que sea suficiente la información facilitada al consumidor en lo que atañe al alcance tanto jurídico como económico de su compromiso contractual.

49 No obstante, tal como observa el Abogado General en los puntos 46 a 50 de sus conclusiones, el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 . En efecto, esta disposición prevé, en los mismos términos que los que figuran en el artículo 5 de la misma Directiva, que las cláusulas contractuales deberán estar "redactadas [...] de forma clara y comprensible".

50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11 , EU:C:2013:180 , apartado 44).

51 Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido

del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 , de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular.

52 Así pues, y en la medida en que los órganos jurisdiccionales remitentes hacen referencia a la sentencia de 9 de mayo de 2013 , que limitó el efecto restitutorio de la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo, procede examinar si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que autoriza a que un tribunal nacional establezca una limitación de este tipo.

53 A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 ,

los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional.

54 Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek BrQsse y de Man Garabito, C-488/11 , EU:C:2013:341 , apartado 44).

55 Por otro lado, se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la



igualdad entre éstas (sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10 , EU:C:2012:349 , apartado 63).

56 Dada la naturaleza y la importancia del interés público que

constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 93/13 , en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces "para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores" (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslemé Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 78).

57 Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, podrá y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10 , EU:C:2012:349 , apartado 65).

58 En este contexto, por Lina parte, el Juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el memento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.

59 En efecto, la plena eficacia de la protección conferida por

la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente Una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula (sentencia de 30 de mayo de 2013, Joros, C- 397/11 , Eü:C:2013:340, apartado 42).

60 Por otra parte, al juez nacional no debe atribírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , EU:C:2015:21 , apartado 31 y jurisprudencia citada).

61 De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontrarla el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

62 De lo anterior se deduce <que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

63 Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 , en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.

64 Es cierto que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 exige que los Estados miembros establezcan que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores "en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales" (sentencia de 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08 , EU:C: 2009:615 , apartado 57).

65 No obstante, la regulación por el Derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección -ni, por tanto, su contenido sustancial-, poniendo de este modo en cuestión la protección más eficaz del consumidor, mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas, que [l]e voluntad del legislador de la Unión Europea, tal como se afirma en el décimo considerando de la propia Directiva 93/13.

66 Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la



situación de hecho y de Derecho en la que se encontrarla el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.

67 En el caso de autos, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, a la que hacen referencia los órganos jurisdiccionales remitentes, el Tribunal supremo determinó que la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes de la fecha en que se dictó la propia sentencia y que, por consiguiente, en virtud del principio de seguridad jurídica, los efectos derivados de tal declaración -especialmente el derecho del consumidor a la restitución- quedaban limitados a las cantidades indebidamente

pagadas a partir de aquella fecha.

68 A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, AstPrcom Telecomunicaciones, C-40/08 , EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.

69 Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que

la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 6 octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08 , EU:C:2009:615 , apartado 41).

70 No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal -como es un plazo razonable de prescripción- de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08 , EU:C:2010:193 , apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42 , apartado 13).

71 Así pues, las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 , no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido Interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores.

72 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 en contrato de préstamo hipotecarlo 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, C-415/11 , 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, C-173/09, EU:C:2010:581 , apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14 , EU:C:2016:278 , apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14 , EU:C:2016:514 , apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14 , 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.

77 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 6, apartado 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, 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".

La STS de 24 de febrero de 2017 , señala que, no cabe considerar que en este caso produzca efecto de cosa juzgada la sentencia de esta misma Sala 241/2013, de 9 de mayo ; "Eb efecto, en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 queda claro que cualquier limitación temporal de los efectos restitutorios tras la declaración de abusivita de la cláusula litigiosa infringe el arto. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y que la consecuente obligación de devolución de las cantidades indebidamente cobradas no permite matiz alguno, so pena de no garantizar los derechos del consumidor afectado e infringir el art. 7.1 de la misma Directiva.

Precisamente el argumento de la buena fe que ahora se refiere la parte recurrente ya subyacía en la argumentación de la sentencia de este Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo , cuando en su párrafo 292 hizo mención a la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C- 92/11 , cuyo apartado 59 se refería a la posibilidad de limitar las consecuencias de la ineficacia de relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Tesis que, expresamente, no ha sido acogida por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, por lo que no resulta pertinente volver a someter a consideración la misma cuestión.

En consecuencia, sin necesidad de nuevo planteamiento de ulteriores peticiones de decisión prejudicial sobre los efectos restitutorios tras la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, lo que procede es la asunción de lo resuelto por el TJVE, con el consiguiente cambio de jurisprudencia, en los términos que expondremos a continuación:

En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que;

a) 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 , se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que baya 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 en virtud de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013.

b) Dicha jurisprudencia nacional 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; y tal protección resulta incompleta e ineficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE



4.- En su virtud, puesto que la sentencia recurrida se ajustaba a lo que ha venido a resolver posteriormente la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el recurso de casación ha de ser desestimado, ya que en su momento lo planteado en dicho recurso era acorde con la jurisprudencia de esta Sala, no lo es una vez que la misma ha de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión".

En atención a lo expuesto, y considerante que el único límite a la aplicación retroactiva de los efectos de nulidad de la cláusula suelo debe ser la cosa juzgada, que no concurre en el presente litigio al haberse solicitado la aplicación retroactiva durante la tramitación del procedimiento en primera instancia, debe aplicarse la declaración de nulidad con carácter retroactivo ya que cualquier declaración contraria a este efecto, como realizó nuestro Alto Tribunal en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 5 de marzo de 2015, entre otras, es contraria al ordenamiento jurídico comunitario. En atención a lo expuesto, debe obligarse a devolver a la entidad financiera demandada todas las cantidades indebidamente percibidas aplicando dicha cláusula abusiva, desde el momento de celebración del contrato.

En el caso de autos, si acudimos a los términos literales de las cláusulas, puede afirmarse que se encuentran debidamente incorporadas al contrato pues está redactada de forma clara sencilla y sin una especial complejidad que dificulte su comprensión, cumpliendo por tanto con el primer nivel de transparencia. Ahora bien, el propio TS indica que este control no es suficiente pues es necesario abordar cómo ha sido incorporada dicha cláusula al contrato.

Debemos recordar al respecto que la O.M. de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores, exigiendo, en resumen, que el banco entregue al solicitante del préstamo hipotecario un folleto informativo, le sigue una oferta vinculante que incluye las condiciones financieras, se le debe dar al cliente la posibilidad de examinar la escritura pública durante los tres días anteriores al otorgamiento y por último se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y advertir al cliente sobre las circunstancias del interés variable y muy especialmente, de la existencia de las limitaciones a la variación del tipo de interés y si son o no semejantes tanto al alza como a la baja. Si se cumplen tales requisitos, se puede concluir que la incorporación de la citada cláusula al contrato, garantiza de manera razonable los requisitos exigidos por la LCGC.

De la documental aportada por la actora no queda probado que se cumpliera con el indicado proceso informativo, la entidad bancaria no ha aportado prueba alguna relativa a que se entregara al cliente ningún folleto informativo con carácter previo a la suscripción del préstamo hipotecario, ni explicativo de su funcionamiento, ni tampoco que le hubiera informado de su derecho a examinar la escritura tres días antes de la firma ante Notario, ni prueba siquiera que el Sr. Notario, al margen de leerles la escritura les hubiera informado expresamente de que el préstamo contenía una cláusula suelo y las repercusiones que ello comportaba, pues no hay mención explícita y expresa al respecto en la escritura. Tal situación permite concluir que no se respetaron los requisitos legales de incorporación al contrato y que es posible declarar abusiva la cláusula por falta de transparencia.

Pero es que además, aunque consideráramos que la misma ha sido debidamente incorporada al contrato, es preciso analizar, como hemos visto, el grado de conocimiento que de la misma tenía el consumidor y de sus consecuencias jurídicas y económicas durante la vida del préstamo, y nuevamente aquí falla la entidad bancaria. Nada se ha probado de la información concreta y específica que al respecto se hubiera suministrado a los clientes. No consta ni se prueba, ni siquiera se alega que se haya realizado al actor con carácter previo a la oferta y celebración del préstamo simulaciones de escenarios diversos ni que se les haya ofrecido información específica sobre el coste comparativo con otros productos de la entidad financiera o sobre el comportamiento previsible del Índice de referencia al menos a corto plazo. Y la cláusula, aunque puede ser clara en su redacción y fácilmente comprensible de forma aislada, se vuelve oscura al estar enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultan su identificación las consecuencias que conlleva, de modo que impide al consumidor conocer el alcance del objeto principal del contrato y con ello conocer con sencillez tanto la carga económica que para él supone la incorporación de dicha cláusula como la onerosidad que la misma va a conllevar, haciendo que centre su atención no en la citada cláusula, sino en el diferencial, que es lo que normalmente sirve para decantarse por una oferta u otra, de tal manera que la cláusula suelo convierte de forma sorpresiva para el consumidor un préstamo a interés variable en otro fijo sin poder beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia.

Vemos además que las cláusulas se insertan en un contexto de otras informaciones o condiciones contractuales exhaustivas que dificultan su localización o identificación lo que determina una mayor dificultad para que los ejecutados pudieran percibir que se trata de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato. Examinando la escritura hipotecaria resulta que la cláusula se incluye en una condición diferenciada a aquella en la que se establece el interés remuneratorio variable del préstamo y ni siquiera de modo inmediato a la misma, sino que entre ellas median cláusulas de larga redacción relativas al modo de calcular el interés



remuneratorio variable e incluso a las bonificaciones aplicables, no aparece tampoco destacada de modo especial, pese a su importancia, pues supone en la práctica, por lo alto de su fijación y por las variaciones experimentadas por el Índice de referencia aplicable, que en la práctica ese será el interés mínimo aplicable, sin que conste que el consumidor haya sido especialmente informado de tal cuestión y que se le haya planteado la misma con total claridad y transparencia a la hora de celebrar el contrato.

En suma, las cláusulas analizadas no son transparente por cuanto se cumplen varios de los parámetros expuestos por el T.S. en la tan referida sentencia: falta información suficientemente clara de que es un elemento que define el objeto principal del contrato, no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas, y se ubican entre una cantidad abrumadora de datos entre los que se enmascaran diluyendo la atención del consumidor.

Determinado que las cláusulas examinadas no cumplen con el deber de transparencia, hay que analizar ahora si además de no superar el control indicado si las mismas son abusivas conforme a los parámetros exigidos en el artículo 8.1.2 de la LCGC en relación con los artículos 82.1 y 82.3 del TRLGDCU, esto es, si generan un desequilibrio entre las prestaciones de las partes proscrito por nuestro ordenamiento jurídico en perjuicio del consumidor. Desequilibrio que no deriva simplemente de la relación entre el suelo y techo fijados en el préstamo, sino en palabras de la STS de 9 de mayo de 2013 que 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 determinar si en el caso concreto, con los índices establecidos el préstamo nació o no condenado a quedar en su nivel inferior como fijo y solo variable al alza. Indicando la citada sentencia que 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 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 la cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza."

Por ello y si además tenemos en cuenta que dichas cláusulas fueron impuestas al consumidor, que no puede influir en su supresión o contenido limitándose a adherirse a la mismas, deben ser tachadas las mismas de abusivas por falta de claridad, contraria a la buena fe y causantes de un amplio desequilibrio entre los derechos y obligaciones que del contrato se derivan para cada una de las partes con evidente perjuicio para los ejecutados, por lo que procede declarar su nulidad de conformidad con el artículo 83 del RDL 1/2007 .

En lo referente a la retroactividad de los efectos de esta declaración de nulidad, defiende esta Juzgadora la total retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad, con base en el ar. 1.303 C.C. y en el art. 83 RDL 1/2007 , así como en los criterios del TJUE en los términos expuestos en los anteriores fundamentos jurídicos.

Idem, según Sentencias de esta Sala, de fechas 9-7-2018 y 5-2-2019 .

CUARTO.- Respecto de la suscripción de un contrato-documento de rebaja del tipo mínimo, en el caso no se trata de una transacción, sino de mera novación modificativa.

Así en la Sentencia de fecha 5-febrero-19 ya reseñaba este Tribunal que: "*en el caso es sumamente dudosa, máximo si se tiene en cuenta que en el mismo no sólo no se alude a la situación de incertidumbre en la litigiosidad sobre cláusulas suelo existentes desde el dictado de la STS de 9 de mayo de 2013 , sino que con posterioridad a su suscripción y una vez que la actora le reclama por escrito la devolución de las cantidades indebidamente abonadas por la aplicación de la cláusula suelo, se le remite un borrador proponiéndole, ahora sí, un acuerdo transaccional (...) con la finalidad de poner fin a las divergencias existentes con motivo de la aplicación de la cláusula limitativa del tipo de interés, conforme a la modificación del tipo de interés que se recoge en el mismo y a cambio de comprometerse a nada más reclamar ni pedir con motivo de la aplicación de la cláusula limitativa; ofrecimiento que no sólo no fue aceptado por la actora, sino que igualmente no se habría producido por la entidad bancaria de considerar, como hace ahora, que la cláusula había dejado de tener aplicación tras haber sido previamente informado la actora de sus consecuencias, tanto al momento de la suscripción del préstamo, como al momento de la firma del acuerdo novatorio, en el que como "formula tipo" se indica que el cliente reconocía que "el Tipo de interés fijo mínimo o cláusula suelo y el Tipo de Interés Fijo Máximo o cláusula suelo, aplicada hasta la fecha fue aceptada por el Prestatario con pleno conocimiento de su existencia y que recibió toda la información previa necesaria para adoptar la decisión de contratar el referido préstamo con la misma".*



Como indicamos en la sentencia de 9 de julio de 2008 "no deja de ser extraño que una entidad bancaria proceda a una rebaja sensible en los tipos de interés cuando se le indica que la misma fue contratada con un exquisito cumplimiento del control de transparencia"

4.- Al hilo de lo anterior, también resulta relevante destacar que en el acuerdo de novación, no se incluye una renuncia del cliente al ejercicio futuro por su parte de acciones fundadas en la cláusula suelo, o que se diga que se suprime la misma, cuando en puridad con la novación lo que se hizo fue mantener el funcionamiento de un tipo de interés fijo (el determinado por aplicación de la cláusula suelo) aunque limitado a dos años y con una rebaja de un punto.

Por último y por las mismas razones expuestas, tampoco consideramos que resulte de aplicación la doctrina de los actos propios, alegada por la demandada, pues tal doctrina no puede servir para sanar un negocio nulo, ni es posible aplicarla en perjuicio del consumidor cuando dicho acto propio se hace derivar de un documento predispuesto y redactado por la propia entidad, bajo una oferta cerrada que el consumidor se ve obligado a aceptar a fin de acceder a una mera rebaja de su cuota y resultante de la aplicación de un tipo de interés impuesto"

En el presente supuesto la solicitud de rebaja es de 15-enero-2015, y contestada afirmativamente a 23-abril; pero lo relevante es el alcance del documento privado en relación con falta de conocimiento por los prestatarios; y la cláusula discutida no ha superado el control de incorporación, amén de que el proceso informativo ha sido insuficiente en la fase precontractual sobre el objeto principal del contrato, provocando la demandada un desequilibrio relevante entre las prestaciones de las partes. La entidad financiera no renunció a nada ni ofreció cantidad alguna a los prestatarios a modo de restitución desde la fecha de la formalización de la hipoteca hasta la del contrato de rebaje.

Declarada la nulidad de las cláusulas "suelo"; la misma arrastra a los pactos posteriores que derivan de la nulidad originaria, y ni el acuerdo valida la cláusula inicial.

Las manifestaciones del actor y del testigo Sr. Valeriano no desvirtúan los hechos y argumentos procedentemente desglosados, máxime si se toma en consideración la literalidad y el alcance del documento de fecha 5-febrero-2015, sorprendentemente con otros fines un segundo documento, si bien de fecha 23-abril-15.

Idem, según Sentencias de esta Sala, de fecha 9-7 , 27-12 , 5-6 , 9-10 , 24-9 , 4-10 , 26-11-2018 y 29-1-2019 ; entre otras.

QUINTO.- La desestimación del recurso obliga a imponer a la parte apelante las costas procesales causadas en esta alzada, en estricta aplicación de los principios objetivo y de vencimiento, y conforme a lo prevenido en los arts. 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En atención a todo lo precedentemente expuesto, esta Sala de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca acuerda,

FALLAMOS

1º) Desestimar el recurso de Apelación interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dª Lidia Pérez Vicens, en representación de "Colonya, Caixa d'Estalvis de Pollença", contra la Sentencia de fecha 13-septiembre-2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de esta Capital , en los autos de Juicio Ordinario nº 293/18, de que dimana el presente Rollo de Sala; y en su virtud,

2º) Confirmar los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene.

3º) Se imponen a la parte apelante las costas procesales devengadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.