

El día 15 de abril de 2015 tuvo lugar el acto de la audiencia previa, en el que, ante la falta de acuerdo, se propuso y admitió prueba, fijándose

fecha para la celebración de juicio, que finalmente tuvo lugar el día 16 de febrero de 2016, tras la suspensión de un señalamiento anterior, con asistencia de las partes y práctica de la prueba admitida y no renunciada, conforme es de ver en acta; formulándose conclusiones por las partes con el resultado que obra en autos, quedando éstos vistos para sentencia.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la controversia. Argumentos de las partes.

1.En el presente procedimiento, tras la fijación del objeto del proceso en la audiencia previa, queda que la parte demandante ejercita, al amparo del artículo 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC), una acción individual de nulidad encaminada a que esta sentencia declare la nulidad de la cláusula inserta en la cláusula segunda, párrafo 6 del contrato de escritura de préstamo hipotecario de fecha 30 de marzo de 2012 (doc. 1 de la demanda, no impugnado). La citada cláusula contractual reza lo siguiente:

“Como consecuencia de las revisiones del tipo de interés pactadas, las modificaciones que se produzcan en el tipo de interés que resulte de aplicación a efectos hipotecarios no podrá suponer una alteración superior ni inferior a cinco puntos sobre el inicialmente convenido en la escritura de constitución de hipoteca, mientras que a efectos obligacionales tendrán como límite máximo el 12% anual y como límite mínimo el 3,50 % anual.”

2.Igualmente se mantuvo por la demandante la solicitud de restitución de las cantidades indebidamente percibidas en virtud de la aplicación de la referida cláusula de limitación del tipo de interés aplicable, desde la fecha de la constitución del préstamo por aplicación de la cláusula suelo.

Es también pretensión de la demandante la nulidad de la estipulación segunda de la referida escritura, de intereses de demora, pactados en el tipo resultante del incremento de 25,000 puntos porcentuales al tipo del interés remuneratorio que en cada momento resulte de aplicación, que considera abusivos.

Tras la audiencia previa, y más claramente en el acto de la vista, LA cuestión objeto de la controversia quedó centrada por la actora, en un aspecto meramente jurídico: la superación o no del control de transparencia, en su aspecto de transparencia documental o formal, a los efectos de la declaración de abusividad -o no- de la cláusula suelo; así como

el debate acerca de la abusividad de la estipulación sobre intereses de demora.

La entidad demandada reconoció la intransparencia de la cláusula suelo, su nulidad, y su debida inaplicación. Igualmente hubo consenso en reconocer nula la estipulación de intereses de demora en el tipo establecido en la escritura del 25% de incremento sobre los remuneratorios, acordándose la asunción de uno de los criterios valorados en la STS de 23 de diciembre de 2015, de aplicar el interés legal incrementado en dos puntos.

La actora renunció a reclamar las cantidades indebidamente percibidas por la demandada en virtud de la referida cláusula sino desde la fecha de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, conforme a la imperante doctrina jurisprudencial.

No hubo consenso al respecto de las costas, que centró el objeto de las conclusiones de las partes; la actora estimó que debían imponerse, al ser la estimación de la demanda esencial, a lo que se opuso la entidad demandada.

SEGUNDO.- Legislación y doctrina aplicable.

A) Protección conferida al consumidor por la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril (en adelante, Directiva 93/13).

3.Tradicionalmente, y en un marco de relaciones contractuales no presidida por la multiplicidad y la universalidad, el principio rector del derecho de obligaciones contractuales es el de que las obligaciones derivadas del contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. Este principio, acogido bajo el aforismo de "*pacta sunt servanda*" es el que recoge nuestro CC en su artículo 1.091 del CC. Respondía a una concepción del contrato en el que las partes se encontraban en igualdad de condiciones, pudiendo influir con su negociación en el contenido del contrato, de tal forma que lo pactado entre ellas se sacramentaba hasta el punto de constituir una verdadera ley de la que no podían apartarse, so pena de facultar al cumplidor para resolver el contrato.

4.Esta concepción pactista, plenamente respetuosa con la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1.255 del CC, entró en crisis, cuando se incorporaron a la realidad negocial las condiciones generales de la contratación. En un mundo cada vez más globalizado y siendo necesaria nuevas fórmulas para introducir parámetros de agilidad y flexibilidad en las negociaciones, aparecieron con inusitada fuerza los denominados contratos de adhesión, que eran aquéllos en el que las cláusulas del contrato estaban previamente redactadas por una de las partes, denominado predisponente, y que se incorporaban a los contratos de este predisponente de forma no

negociada, de tal forma que el otro contratante únicamente tenía la posibilidad de prestar o no su consentimiento ("take it or leave it"), pero no tenía la posibilidad de influir en su contenido. Desaparece de este modo la negociación individual de las cláusulas, y, en consecuencia, el despliegue de un efecto, como es el de "pacta sunt servanda", llevaba a consecuencias no deseadas por el legislador, cual era la fuerza obligatoria de una cláusula contractual no negociada, o lo que es lo mismo, la fuerza de una cláusula contractual que no era el fruto de un pacto. Estamos, en definitiva, en la actualidad, ante la proliferación de los denominados contratos de adhesión (en el que la otra parte únicamente ha de prestar o no su consentimiento) o contratos masa (en el que el clausulado se redacta con la finalidad de ser incorporado a una pluralidad de contratos), en el que prima la preponderancia de una de las partes ("bargaining power") respecto de la equilibrada negociación de las prestaciones. Como indica la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, hemos pasado del diálogo individualizado al "*monólogo de predisposición*".

5.El instrumento fundamental para facilitar la proliferación de los contratos de adhesión o de los contratos masa fue la utilización de lo que se conoce como condición general de la contratación. Esta institución jurídica se define en el artículo 1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) como las "*cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*". De esta forma, conforme a esta definición, podemos afirmar, como lo hace también la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, que las notas definitorias de las condiciones generales de la contratación son: (i) contractualidad, (ii) predisposición, (iii) imposición, (iv) generalidad (la finalidad de ser incorporada la cláusula a una pluralidad de contratos). Por lo tanto, no es tan relevante la negociación para la novación del préstamo hipotecario, como la posibilidad real de que el consumidor pudiera influir en la redacción de la cláusula suelo-techo, a diferencia de lo defendido por la parte demandada.

6.El principio de la autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1.255 del CC ("*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*"), que condensaba el aforismo "pacta sunt servanda", se reveló insuficiente como principio rector de una nueva modalidad negociadora en el que la utilización de las condiciones generales de la contratación era cada vez más frecuente, ya que el referido principio partía de la igualdad de posición de las partes contractuales y la negociación en masa se caracterizaba por la desigualdad, en el que una de las partes disponía del "bargaining power". De esta forma,

el legislador comunitario consideró necesario abandonar el carácter liberal de la regulación contractual, e introducir un cierto intervencionismo estatal que reequilibrara la creciente desigualdad de las partes contractuales. Dicho de otra manera, el legislador comunitario consideró que, en ciertos casos, la superior protección de un interés (en este caso, el superior interés del consumidor), habilitaba para que el legislador introdujera mecanismos de estabilización de tal forma que pudiera, incluso desde el propio Estado, restablecer el equilibrio negocial. Así, el legislador comunitario introdujo, a través de la Directiva 93/13, mecanismos de control de este proceso de negociación, cuya finalidad fundamental era lograr el amparo del consumidor mediante el restablecimiento del equilibrio negocial. En este sentido se ha pronunciado la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, cuando indica que *"El insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados de acuerdo con este modo de contratar, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, declarada en la EM de la LCGC, de restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones ya que "[l]a protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual"*. Estos mecanismos son los que se conocen en la doctrina del TJUE como control de incorporación, control de transparencia y control de contenido.

7. Dichos controles conducen a eliminar del clausulado contractual todas aquellas estipulaciones que, por su falta de negociación individual, puedan colocar al consumidor en una situación de perjuicio. Esta expulsión del contrato se produce mediante la declaración de abusividad de una cláusula contractual que conlleve el efecto de su nulidad. De una forma, quizás, más brillante que la mía lo explica la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, cuando indica que *"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 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 (en este sentido SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartado 25; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartado 25; 4 junio 2009, Pannon GSM C-243/08 apartado 22; 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08 apartado 29; 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 apartado 27; 9 noviembre de*

2010, VB Pénzügyi Lízing , C-137/08 apartado 46; 15 de marzo de 2012, Perenièová Pereniè, C-453/10, apartado 27; 26 abril de 2012, Invitel, C-472/10, apartado 33; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 39; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt C-472/11, apartado 19; 14 de marzo de 2013, Aziz VS. Caixa d'Estalvis de Catalunya C-415/11, apartado 44; y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11, apartado 41)". Como puede comprobarse, la ausencia de negociación individual no hace referencia tanto a las posibilidades de negociación efectiva, como a la posibilidad efectiva del consumidor de influir en el contenido de una cláusula, debiendo recordar que la prueba de la negociación individual de una cláusula corresponde al predisponente, conforme al artículo 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU), y la exégesis de este precepto efectuada por la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 (apartados 160 a 164).

B) Control de transparencia.

8. Antes de entrar a analizar los mecanismos de control introducidos por el legislador comunitario, fundamentalmente el control de transparencia, conviene dejar sentado que la mera utilización de condiciones generales de la contratación no supone "per se" la nulidad de estas cláusulas, ya que únicamente lo será, como explicaré a continuación, si la misma ha de declararse abusiva. De esta forma, debe rechazarse desde este momento que la cláusula objeto de este procedimiento sea nula por no haber sido negociada individualmente, ya que, independientemente de que esta afirmación será objeto de análisis en el fundamento de derecho siguiente, esta conclusión, de resultar probada, nos lleva únicamente a afirmar que concurren los requisitos de una condición general de la contratación (predisposición, imposición y finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos). Así, la reiteradamente citada STS Pleno de 9 de mayo de 2013 recuerda que: "*Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que "la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad".*

B.1) Controles impuestos por la Directiva 93/13.

9. Conviene tener presente que se solicita la nulidad de la cláusula en cuestión, por considerar que la misma es abusiva, lo que hace preciso recordar los tres distintos niveles de protección que establece la Directiva 93/13 (control de incorporación, control de abusividad, en su doble vertiente de control de contenido y de control de transparencia).

B.2) Control de incorporación.

10. La STS Pleno de 9 de mayo de 2013 concreta el alcance del control de incorporación, previsto y regulado en los artículos 5 y 7 de la LCGC, como aquel control que tiene por objeto la correcta incorporación de una condición general de la contratación en el clausulado de un contrato, de tal forma que por esta correcta incorporación no se cause al consumidor un perjuicio o daño. De una forma más sintética, la citada STS señala que *“En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC- “[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”-, 7 LCGC- “[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]”-.* Ahora bien, la citada STS también aclara que en sectores regulados, como es el sector bancario y financiero, la superación de este control está garantizada mediante el cumplimiento estricto de las normas reguladoras de los contratos bancarios, lo que se conoce como la transparencia documental. De esta forma, la citada STS argumenta que *“la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor”.*

B.3) Control de transparencia.

11. La explicación del control de transparencia en la STS Pleno de 9 de mayo de 2013:

a) Es un presupuesto previo para poder entrar en el control de contenido de un elemento esencial de un contrato, por lo que no basta para declarar la nulidad de una determinada cláusula contractual con que se constate que ésta no supera el citado control, sino que es preciso analizar si la misma, además, no supera el control de abusividad por ser contraria al estándar de buena fe fijado por el artículo 8 de la LCGC. Dicho de otra forma, la falta de transparencia,

en el sentido definido por el TS, únicamente conlleva que pueda extenderse el control de abusividad a una cláusula definitoria de un elemento esencial del contrato.

b) Las cláusulas limitativas del tipo de interés tienen la consideración de cláusulas definitorias de un elemento esencial del contrato, ya que afectan a la fijación del precio de un contrato de préstamo, siendo el tipo de interés, y no la cláusula suelo, lo que verdaderamente constituye un elemento esencial del contrato. Otra cosa distinta es que las cláusulas suelo sean cláusulas definitorias del objeto principal del contrato y que, como tales, no sean aptas para soportar el control de contenido.

c) El control de transparencia es un control abstracto y no concreto, es decir, no debe analizarse el desequilibrio subjetivo de derechos y obligaciones de un concreto adherente, sino la comprensibilidad intelectual de una determinada cláusula contractual, en relación al conjunto de circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, y teniendo en cuenta la situación en la que se encuentra un consumidor en abstracto respecto de la carga económica del contrato. Es por esto que no deba identificarse con el déficit de conocimiento que afecta a la correcta y sana formación de la voluntad para prestar el consentimiento, generador del error-vicio o del error-propio, por cuanto que no supone este control el análisis en concreto de la comprensibilidad intelectual de un determinado consumidor. Por el contrario, el control de transparencia hace referencia a una garantía para el consumidor mediante la obligación, en abstracto insisto, de que las condiciones generales de la contratación se redacten de tal forma, clara y comprensible, que un consumidor medio pueda llegar a comprender intelectualmente la carga económica que supone para él el obligarse mediante la prestación de un consentimiento a un contrato, mediante la comprensibilidad intelectual de la trascendencia económica de las obligaciones a asumir dentro del funcionamiento del contrato.

d) El control de transparencia debe efectuarse en el momento de concertar el contrato y teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes en ese momento, ya que estamos ante un control abstracto y no concreto. Por tanto, no puede afirmarse que existe asunción de una cláusula abusiva por falta de transparencia por el mero hecho de haber admitido la liquidación de las cuotas hipotecarias efectuada durante varios años. No son los actos concretos de un consumidor lo que se ha de tener en cuenta, sino las circunstancias concurrentes en el momento de la firma del contrato respecto de un consumidor medio.

e) Este control de transparencia no supone un control no previsto legalmente, que venga a contradecir la transparencia documental. El ATS de 6 de noviembre de 2013 aclara que el control de transparencia es una construcción jurídica efectuada ya por el propio TS sobre la base de la normativa comunitaria y su interpretación por el TJUE. Así, el citado auto señala que *“este Tribunal se había pronunciado ya en ese sentido, declarando la abusividad de condiciones generales por falta de transparencia (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 834/2009, de 22 de diciembre, y núm. 375/2010, de 17*

de junio) y considerando el control de transparencia como distinto del mero control de inclusión, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 406/2012, de 18 de junio (a la que las partes demandadas, en sus escritos de oposición a los recursos de casación, han hecho reiteradas menciones), cuya doctrina es reiterada en la núm. 221/2013, de 11 de abril”.

f) Este control de transparencia no supone vulneración del sistema de fuentes, va que implícitamente supone el reproche a una eventual sentencia desfavorable, que debe atacarse por vía de recurso. De esta forma, entiendo, como hace también el ATS de 6 de noviembre de 2013, que *“el derecho a la tutela judicial efectiva no supone el derecho a obtener una resolución favorable, ni siquiera el derecho al acierto, y que la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal solo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento (STC 127/2013, de 3 de junio, y las citadas en ella)”. Así, sólo se vulneraría el sistema de fuentes si la presente sentencia resolviera desvinculándose del sistema legalmente establecido, pero no puede afirmarse que la aplicación del derecho comunitario y su interpretación por su máximo intérprete, el TJUE, suponga desvincularse del sistema de fuentes, sino al contrario.*

g) Este control de transparencia no supone la vulneración del sometimiento de los jueces al imperio de la ley, previsto en el artículo 117.1 Constitución Española (en adelante, CE), por el hecho de afirmarse que una sentencia declare la nulidad de una práctica que es respetuosa con la normativa sectorial aplicable, va que, como señala el ATS de 6 de noviembre de 2013, *“El sometimiento al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución no es el sometimiento a lo que consideran las promotoras del incidente se desprende de una Orden Ministerial. Es la vinculación a un sistema jurídico complejo en el que se inserta la Constitución, los tratados internacionales, normas de Derecho interno, muchas de ellas comprensivas de cláusulas generales, y el acervo comunitario integrado por diversos tipos de normas, buena parte de ellas con caracteres de primacía y efecto directo, otras con efecto útil, e interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.*

h) Este control de transparencia no supone la vulneración del principio de seguridad jurídica, va que no estamos ante una sanción por el cumplimiento de una normativa nacional, sino ante el incumplimiento de una normativa comunitaria, complementaria, que no contradictoria, de una normativa nacional. Así, el ATS de 6 de noviembre de 2010 señala que *“la alegación, cargada de subjetividad, carece de trascendencia en tanto no puede reconducirse a la infracción de ninguna de las garantías establecidas en el art. 24 de la Constitución”.*

i) Al hilo de lo anterior, debe señalarse que el control de la abusividad de una cláusula contractual puede efectuarse, conforme a la doctrina del TJUE, de oficio, y que dicho control de abusividad

comprende el control de transparencia detonante de la abusividad de una cláusula contractual. En este sentido, las SSTJUE de 26 octubre 2006 (asunto C-168/05, caso Mostaza Claro), y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32)", que imponen ese control al Juez tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello" (SSTJUE de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 23, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 43, y 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32); y también en las SSTJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartado 32, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 42+43 y 21 febrero 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 23).

12. En concreto, respecto de la cláusula suelo, la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 concluye que la misma es lícita, ya que está prevista legalmente, pero, en atención a las circunstancias existentes en el momento de la firma de los contratos de préstamos hipotecarios (un año antes que el del contrato objeto de este procedimiento), determinaba que no superara el control de transparencia, por suponer la transmisión errónea al consumidor de la creencia de que el contrato de préstamo hipotecario funciona bajo un interés que, lejos de ser variable, actuaba en la realidad como fijo, sin beneficiarse de los beneficios de las bajadas de los tipos de interés.

13. Es más, la SAP Madrid (Sección 28ª), de 26 de julio de 2013, respecto de una acción colectiva de cesación respecto de distintas cláusulas contractuales habitualmente utilizadas por distintas entidades bancarias, entre las que se encontraba una cláusula semejante a la que es objeto de este procedimiento (sólo varía el importe numérico del tipo de interés), recoge el razonamiento de la STS Pleno de 9 de mayo de 2013. En dicha sentencia (la cual no consta que haya sido recurrida en casación), se declara la nulidad de la citada cláusula, semejante a la que es objeto de este procedimiento, por no superar el control de transparencia. Si bien es cierto que el fallo de la SAP Madrid (Sección 28ª), de 26 de julio de 2013 no recoge un pronunciamiento semejante al de la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 respecto de la extensión "ultra vires" o "erga omnes" de la cosa juzgada, también lo es que la argumentación contenida en la citada sentencia constituye una poderosa herramienta para analizar la abusividad de la cláusula objeto de este contrato.

14. La STS Pleno de 8 de septiembre de 2014, citando la relevante STJUE de 30 de abril de 2014, vuelve a conceptualizar el control de transparencia, con base en las SSTS anteriores, que no desvirtúa el relevante voto particular del Magistrado Sancho Gargallo acerca del juicio de transparencia, pues señala que el criterio fijado en la sentencia no fue correctamente aplicado al caso.

15. Podemos resumir la doctrina contenida en las SSTS de 24 y 25 de marzo 5, y 29 de abril de 2015, en los puntos siguientes:

a) STS de 24 de marzo de 2015:

1.- El control de transparencia, tanto en su vertiente de transparencia documental o gramatical, como en su vertiente de parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, en el sentido de que no se pueden utilizar cláusulas que, pese a que son gramaticalmente comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio (la transparencia hace referencia al desequilibrio subjetivo, mientras que el control de contenido hace referencia al desequilibrio objetivo), no es fruto de una labor de creación judicial del Derecho. La STS de 9 de mayo de 2013 ha interpretado la normativa interna (transposición de la Directiva 93/13/CEE) a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, tal y como ésta ha sido interpretada por el TJUE (STJUE de 30 de abril de 2014 y de 26 de febrero de 2015).

2.- La doctrina de la STS Pleno de 9 de mayo de 2013:

-No infravalora el cumplimiento de la normativa vigente. El mero cumplimiento de la OM de 1994 no significa que la cláusula sea transparente.

-No infravalora la actuación del Notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario. Hay que estar a la STS de 8 de septiembre de 2014, que indicaba que lo relevante son los tratos anteriores a la firma de la escritura.

-La OM de 1994 no obliga a que en la misma cláusula que recoja un suelo haya un techo.

3.- Las acciones colectivas exigen un juicio abstracto, sin que sea exigible ni dable analizar las concretas circunstancias de cada uno de los contratos de préstamos hipotecarios.

4.- La falta de transparencia no supone necesariamente que la cláusula sea abusiva, ya que, excepcionalmente cabe que la cláusula no transparente sea inocua, no produzca efectos negativos para el adherente. En el caso de la cláusula suelo, existe un desequilibrio sustancial, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe.

b) STS de 25 de marzo de 2015: la doctrina sentada en la STS de 9 de mayo de 2013 no depende de que estemos ante una acción colectiva o ante una acción individual, ni tampoco produce efecto de cosa juzgada en sentido positivo, ya que los demandantes de aquel proceso no interesaron la extensión de los efectos ultra vires. No obstante, esto no empuja a que sea aplicable a *“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 TS entendió que la tienen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato”*.

c) STS de 29 de abril de 2015: Conforme se dispone en su Fundamento de Derecho 14ª, apartado 6, *“En el caso objeto del recurso,*

pese a que la cláusula suelo determinaba de un modo relevante el precio del servicio (esto es, el interés remuneratorio), la misma recibió un tratamiento secundario en la información suministrada al consumidor, hasta el punto de que no aparecía en el folleto de la oferta hecha a los mutualistas.....En la escritura de préstamo hipotecario, la cláusula se ubicó entre una abrumadora cantidad de datos, dentro los cuales quedaba enmascarada y diluía la atención del consumidor; se encontraba ubicada en un lugar secundario de la reglamentación contractual, y no en un lugar destacado, como por el contrario sí lo tenían menciones como las del importe del préstamo, el plazo de devolución, el tipo del interés remuneratorio de los primeros seis meses, el índice de referencia y el diferencial conforme a los cuales variaría el interés pasados esos seis meses. En la oferta vinculante prevista, se resaltaba en letra mayúscula que los intereses ordinarios eran a tipo variable, pero la información sobre el suelo se encontraba enmascarada entre abundantes informaciones, en una ubicación que no permitía hacerse idea cabal de su significado y trascendencia, ni informar adecuadamente sobre la repercusión que la misma tendría en la economía del contrato. Tampoco se incluían simulaciones del comportamiento del tipo de interés en distintos escenarios, que reflejaran la trascendencia que tenía la inclusión de la cláusula suelo, ni se contenía una advertencia clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad”. Concluyendo el TS que “Todo ello impidió al consumidor conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad del tipo de interés, de modo que de forma sorpresiva para la demandante, transcurridos los primeros seis meses, el préstamo a interés variable se convertía en un préstamo a interés mínimo fijo, a un tipo que era incluso superior al fijado para el semestre inicial”.

16. Más recientemente, la STS (1ª) de 23 de diciembre de 2015, al respecto del control de transparencia reitera los criterios de las antecitadas resoluciones, y señala (FD 4º) que el art. 4.2 de la Directiva 93/13 conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera o una u otra modalidad de préstamo, entre los varios ofertados.

17. Por tanto, si en el caso concreto comprobáramos que la cláusula contractual en cuestión no es transparente, el siguiente paso es analizar si la misma es abusiva por ser contraria a la buena fe, circunstancia que concurrirá si puede acreditarse que, pese a la constancia de los efectos perjudiciales de la señalada cláusula motivada por su falta de transparencia, la entidad demandada ha incorporado la misma a una multitud de contratos, tratando de esta forma de incitar a los consumidores a la prestación del consentimiento. Dicho comportamiento contraría la más

elemental exigencia de buena fe que cabe esperar de un competidor leal en el mercado financiero, y, por ende, se revela abusiva por efectuar un desequilibrio no permitido en la distribución de la carga económica.

18. Finalmente, la valoración en abstracto de la cláusula suelo, sin necesidad de ponerla en relación con la denominada cláusula techo, supone un análisis del desequilibrio subjetivo en abstracto de los derechos y obligaciones derivados de la relación negocial, de tal forma que la cláusula esté redactada e incorporada en contra de las exigencias de la buena fe en una multitud de contratos, y al mismo tiempo que sea apta, “a priori” y sin necesidad de valorar el caso concreto, para frustrar las legítimas expectativas que un consumidor medio puede albergar del contenido normativo del contrato. De esta forma, si la cláusula suelo es apta para frustrar las legítimas expectativas de un consumidor que espera razonablemente que la limitación del tipo de interés no supusiera la concreta aplicación de un interés fijo (o que al menos funcionara como un interés fijo), sin que pueda beneficiarse de las eventuales bajadas de los tipos de interés, nos encontraríamos ante una cláusula abusiva por falta de transparencia.

B.4) Control de contenido.

19. A efectos puramente dialécticos, hemos de concluir esta exposición legal y doctrinal con el tercer control, cual es el control de contenido. Dicho control trata de evitar el desequilibrio objetivo de derechos y obligaciones de las partes que produzca, por efecto de este desequilibrio contraprestacional, un perjuicio para el consumidor. No es necesario ahondar en este control, desde el momento en el que la Directiva 93/13, las SSTJUE y, finalmente, también nuestro TS, ha excluido este control respecto de las condiciones generales de la contratación que afectan a cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, como ocurre con las cláusulas limitativas de los tipos de interés. Así, la citada STS Pleno de 9 de mayo de 2013 señala que *“En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las “contraprestaciones” -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio”*.

20. Respecto de si la cláusula suelo es o no un elemento esencial del

contrato, me remito a lo ya afirmado anteriormente. A mayor abundamiento, la SAP Madrid de 26 de julio de 2013 también concluyó que la cláusula suelo objeto de análisis en esta sentencia es un elemento esencial del contrato.

TERCERO.- Valoración de la prueba practicada.

21.Llegados a este punto, y encontrándonos ante una cuestión básicamente jurídica, conviene no obstante ir dando respuesta a cada una de las cuestiones controvertidas, que no hayan sido ya respondidas en el fundamento de derecho anterior, a los efectos de estimar o desestimar la demanda.

A) Negociación individual de las cláusulas contractuales.

22.En el fundamento de Derecho anterior se ha expuesto que corresponde a la parte demandada, como predisponente o empresario, el acreditar que la cláusula objeto de la controversia en este procedimiento fue negociada individualmente; ya que, de ser así, no estaríamos en presencia de una condición general de la contratación y, por tanto, no podríamos desplegar los controles regulados en la normativa comunitaria para el amparo del consumidor. Mediante una valoración en conjunto de la prueba practicada en los presentes –documental y testifical- no se ha demostrado por la entidad demandada –pese a ser fijado como hecho controvertido- la existencia de negociación al respecto de las estipulaciones cuestionadas. El hecho de que la operación crediticia obedezca a novación contractual derivada de una subrogación por la extinción del condominio sobre la vivienda, y que por tal operación de orden civil –extinción del condominio- la hoy demandante fuera asesorada por un asesor externo a la entidad crediticia, y a los referidos efectos, no permite tener por acreditado que la negociación alcanzara las condiciones financieras del préstamo; ni tampoco que la participación de fiadores se haya revelado como prueba hábil para entender la existencia de esa negociación, puesto que como se ha reconocido incluso por el subdirector de la oficina, Sr. Montero, que declaró como testigo de la demandada, las condiciones financieras exigían una aprobación de la jefatura de riesgos de la entidad y su posterior adhesión por el consumidor; máxime en un caso en el que el riesgo de la operación disminuía ante la solvencia de los fiadores, clientes de siempre de la entidad. Como se ha evidenciado, estamos ante una situación diametralmente opuesta a una negociación. Por lo que hemos de tener por acreditado que estamos ante una condición general de la contratación y no ante una condición negociada.

B) Control de transparencia.

23. Tras comprobar que la cláusula inserta en la cláusula tercera-bis

del contrato, objeto de controversia en el presente procedimiento, es una condición general de la contratación, el paso siguiente es aplicar los controles antedichos, partiendo de la base de que dado que esta cláusula hace referencia a un elemento definitorio del objeto principal del contrato, queda excluida, como he explicado en la letra B.4) del fundamento de derecho anterior, cualquier control de contenido.

24. Como expuse en la letra B.2) del fundamento de derecho anterior, debe entenderse superado el control de incorporación mediante el cumplimiento estricto, y no discutido, de la normativa sectorial.

25. Como argumenta la SAP Jaén (Sección 1ª), de 25 de junio de 2014, *“La detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, que regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja), garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por el art. 7 de la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor, lo que en definitiva supone el cumplimiento del control o filtro de inclusión”*.

26. Por tanto, queda efectuar el denominado control de transparencia. Respecto de este control, no se trata de analizar en concreto lo que ha entendido el determinado cliente bancario o consumidor, sino de analizar la aptitud en abstracto de una condición general de la contratación, en función de cómo está redactada, de su claridad y su comprensibilidad, para transmitir al consumidor una información correcta de los riesgos y cargas financieras que derivan del componente obligacional de un contrato.

De ahí que el análisis deba efectuarse en el momento en el que se celebra el contrato y teniendo en cuenta el canon de un consumidor medio. En efecto, si se acredita que en el caso concreto el cliente bancario disponía de un bagaje intelectual, por su formación, por las explicaciones ofrecidas del producto o por la comprensibilidad real de la cláusula contractual, suficiente como para representarse la carga jurídica que asume y no frustrar de manera injustificada las legítimas expectativas que le cabía esperar del contenido normativo de un contrato, entonces podremos afirmar que la cláusula, si bien puede que no sea transparente, no es abusiva, por

no afectar a la buena fe que deben presidir las relaciones contractuales, pero esto es un paso más dentro del análisis a efectuar y que no se corresponde con el de este párrafo. No es que efectivamente el consumidor comprendiera la trascendencia de la cláusula dentro del funcionamiento económico del contrato, o su posición dentro del reparto de cargas económicas, sino que, con atención a las circunstancias concretas del consumidor, la cláusula fuera más o menos aptas para transmitir esta información.

27. En consecuencia, como resulta del párrafo anterior, el control de transparencia supone el análisis en abstracto de la aptitud de la cláusula contractual para generar en el consumidor la comprensibilidad intelectual de la distribución de la carga económica del contrato. Con este fin hemos de partir del canon del consumidor medio y de la situación y conjunto de circunstancias que existían en el momento de la firma del contrato. Es cierto que hoy en día, habida cuenta de la inmensa cantidad de información que ha rodeado a la abusividad o no abusividad de la cláusula suelo y los ríos de tinta que se han derramado para explicar el fenómeno de la limitación de los tipos de interés, la aptitud del consumidor medio para comprender intelectualmente la carga económica en un contrato de una determinada obligación como consecuencia de la utilización de la cláusula suelo, es mayor que la que podía tener en el año de la firma del contrato (año 2006) cualquier consumidor, año en el que no acababa de empezar a utilizarse masivamente este instrumento de delimitación del precio. No escapa a este Juzgador que el autor del voto particular de la STS Pleno de 8 de septiembre de 2014 considera que en el año 2007 y 2008 ya existía un ambiente financiero en nuestro país propicio para que el conocimiento del consumidor medio sobre el coste de la hipoteca fuera “*natural*”. No obstante, considero que las consecuencias de la cláusula suelo empezaron a ser conocidas por el público en general de una forma masiva con posterioridad, como lo demuestra que las reclamaciones a las entidades financieras tuvieron lugar con posterioridad.

28. La STS Pleno de 9 de mayo de 2013 apunta una serie de factores que considera que explican la aptitud de las denominadas cláusulas suelo para influir erróneamente en su comprensibilidad intelectual, entre los que se encuentra, sin ser un factor necesario ni imprescindible, la existencia de una cláusula techo que pueda actuar como señuelo o apariencia de contraprestación. Ahora bien, alguno de los factores apuntados por la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 sí que concurren en el caso presente, ya que ni se han aportado al acervo probatorio elemento que acredite este extremo ni resulta del contenido de la escritura que se haya explicado de forma suficientemente clara que nos encontramos ante un elemento definitorio del objeto principal del contrato; ni se ha acreditado ni acompañado a autos ninguna prueba de que se hubieran efectuado simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del

tipo de interés en el momento de contratar; ni, finalmente, consta en la causa que se haya informado de forma clara y comprensible sobre el coste comparativo de las distintas opciones financieras. Analicemos estos factores:

a) Falta de acreditación de la información relativa a que la cláusula suelo es un elemento definitorio del objeto principal del contrato: la cláusula objeto de la controversia figura dentro de una larga y tediosa acumulación de datos relativos al interés del préstamo en la cláusula tercera-bis, en el que se hace referencia a la forma de fijación del interés variable mediante una profusión de elementos y circunstancias a tener en cuenta que hace francamente difícil la comprensión de su forma de fijación, así como de la importancia de este factor como elemento constitutivo del precio del préstamo; a las bonificaciones a aplicar, de una forma que dificulta comprender la incidencia de éstas en el precio final del producto financiero; a la definición del Euribor, sin tampoco explicitar la incidencia de su fluctuación en la fijación del precio; al tipo de interés variable, sin concretar de manera exhaustiva el momento en el que resultará de aplicación, y mediante unas fórmulas aritméticas realmente complejas de entender para el neófito en la materia; y finalmente al límite del tipo de interés, sin que pueda deducirse sin más que constituye un componente fundamental del objeto principal del contrato, pues ni así se define ni así resulta de la compleja redacción de la estipulación tercera-bis del contrato. Esa profusión de datos diluye la atención del consumidor sobre el objeto principal de éste, y no es apta para que un consumidor medio pueda adquirir un cabal conocimiento del coste económico de la operación.

b) Falta de acreditación de que se hayan efectuado simulaciones de escenarios que hicieran comprensible el funcionamiento de la cláusula suelo: no contamos en autos con las explicaciones de las bonificaciones y de las simulaciones de la evolución probable de los tipos de interés. No contamos en autos con estos citados gráficos, ni las explicaciones de la verdadera incidencia de la cláusula suelo en la fijación o determinación del precio. Ni siquiera se ha defendido que se explicó la incidencia de la cláusula suelo sobre el importe del precio, ni que se efectuaran gráficos respecto de esta incidencia. Sí que atañe al objeto de la controversia que la cláusula fuera apta para transmitir la información acerca de la verdadera carga económica de una determinada obligación y el hecho de que se afirme que el demandante aceptó la cláusula suelo porque pensaban que subirían los tipos de interés sin especificar las explicaciones dadas, los escenarios formulados ni los gráficos empleados, únicamente contribuye a confirmar la nula aptitud de la cláusula para transmitir esa correcta información respecto de la carga económica del contenido normativo del contrato.

c) Falta de constancia del coste comparativo de las opciones o alternativas financieras: tampoco obra en autos ningún elemento probatorio que acredite que se analizó el coste económico de las alternativas que se dicen haber debatido, como el tipo fijo o el tipo variable sin tope. Simplemente, mediante la abrumadora profusión de datos relativos a los

diferenciales y bonificaciones, se enmascaró la presencia de una cláusula que por sí misma no era apta para proporcionar información suficiente sobre la correcta correlación económica y jurídica de las contraprestaciones. Además, no puede afirmarse que concurren los mismos elementos que en el voto particular de la STS Pleno de 8 de septiembre de 2014 para considerar que la cláusula es transparente, ya que:

1.- La redacción de la cláusula dentro del clausulado del contrato, no puede entenderse clara y meridianamente, ya que no acoge la fórmula estudiada por la STS Pleno de 8 de septiembre de 2014. Es necesario un juego de referencias para de esta forma poder concretar el tipo aplicable, lo cual no puede decirse que sea una forma clara de redactar una cláusula, en la que su ubicación no ayuda a conocer su incidencia en la fijación del tipo de interés aplicable.

2.- Si bien es comprensible en abstracto que el tipo de interés aplicable no será inferior al límite que se fije, al no recoger claramente este límite en el redactado de la cláusula, y tener el consumidor que acudir a una definición del tipo de referencia que el contrato, para de esta forma conocer el tipo de interés que finalmente le resultaría aplicable, la simple lectura lineal de la cláusula hace difícil de comprender su alcance. Pero es más, ya que comprendo que no puede hacerse partícipe a la entidad demandada de la diligencia o negligencia del Notario, no existe prueba de que el demandante tuviera conocimiento de la existencia del límite al tipo de interés al que se refiere la escritura que firma.

3.- No existe propiamente una oferta vinculante, en los términos de la OM de 1994, como para entender que el demandante pudo adquirir cabal comprensión de la distribución de las cargas económicas del contrato.

29. En definitiva, la cláusula objeto de la controversia no es transparente, como consecuencia de no ser apta para producir en el consumidor la comprensibilidad real del reparto de cargas económicas que dimanen del contrato.

C) Control de abusividad.

30. La mera utilización de una condición general de la contratación que no sea transparente no implica la consecuencia automática de que ésta sea nula por abusiva, sino que es necesario que el predisponente o empresario la haya utilizado en contra de las exigencias de la buena fe. Esta utilización de mala fe puede atisbarse en aquellos casos en que siendo una cláusula contractual no transparente, la actuación del predisponente no ha ido encaminada a superar la falta de aptitud de la cláusula para comprender intelectualmente su incidencia en la distribución de las cargas del contrato. Dicho de otro modo, se dará esta abusividad cuando se ha contratado de tal manera que el consumidor o el adherente no ha podido adquirir el conocimiento real del equilibrio de riesgos derivado del contrato, aprovechando el predisponente o empresario esta aptitud de la cláusula

para concertar unas condiciones contractuales que de otra forma no hubiera conseguido. Dada la nula prueba aportada respecto de la concreta explicación de la trascendencia de la cláusula suelo respecto del elemento principal objeto del contrato, hemos de concluir en su utilización contraria a las exigencias de la buena fe.

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

“263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el IBE'[...] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes”.

264. 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 sueloprevisible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza.”

32.En virtud del extenso razonamiento anterior procede estimar la acción individual de nulidad. No es procedente entrar a analizar ninguna acción de reclamación de cantidad, ya que en el suplico y fundamentos de derecho de la demanda no se pide la devolución de cantidades, sino únicamente que la declaración de nulidad produzca efectos desde una fecha determinada, siendo que la nulidad únicamente produce como efectos tener por no puesta una determinada cláusula contractual, siendo preciso anudar una acción de reclamación de cantidad a la acción principal para interesar la devolución de cantidades indebidamente percibidas en virtud de la cláusula declarada nula.

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

34.Lo anterior no implica que no pueda subsistir el contrato sin la cláusula contractual declarada nula, siempre que su supresión no afecte a la esencia del contrato. En este punto, conviene diferenciar, como hizo la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, entre un elemento esencial del contrato, que afecta al contenido normativo del mismo, y el objeto principal del contrato, de tal forma que si nos encontramos ante un elemento definitorio del objeto principal del contrato, su supresión no toca de muerte a la viabilidad del contrato, salvo que tenga un carácter esencial que la STS no le ha reconocido. En efecto, y en esto concuerdo con la doctrina del TS, el elemento definitorio esencial del precio es el tipo de interés, siendo que el límite del tipo de interés afecta al objeto principal del contrato, el precio, pero no de una manera esencial, sino meramente accesorio. Precisamente porque la falta de transparencia de la cláusula contractual impide adquirir al consumidor el cabal conocimiento de que lo que era un elemento accesorio (límite de un tipo variable) se ha convertido en un elemento esencial (tipo fijo) es por lo que se ha declarado nula esta condición general de la contratación. En consecuencia, puede subsistir el contrato sin la denominada cláusula suelo.

35.Conforme al régimen de protección diseñado por el legislador comunitario, la declaración de abusividad de una cláusula contractual no

conlleva necesaria y en todo momento la nulidad del entero contrato en el que se incluya la citada cláusula, sino tan sólo su expulsión del negocio jurídico, manteniendo éste su validez, salvo que la citada expulsión contamine de ineficacia todo el negocio jurídico, por no poder éste sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva. Además, la declaración de ineficacia derivada de la abusividad de una cláusula contractual no encuentra su fundamento en la ausencia de alguno de los elementos esenciales o estructurales de todo negocio jurídico (tratándose de un contrato, conforme al artículo 1.261 del CC: (i) consentimiento de los contratantes, (ii) objeto cierto que sea materia del contrato; y (iii) causa de la obligación que se establezca). En efecto, en el caso de una cláusula abusiva, el negocio jurídico nace válido bajo el tamiz del artículo 1.261 del CC, y si se declara la nulidad, no lo es del entero negocio jurídico que documenta el contrato, sino de una cláusula en concreto. Es decir, la abusividad de una cláusula contractual conlleva la declaración de su nulidad, no porque afecte al negocio jurídico conformado por el conjunto de las cláusulas contractuales, sino porque, a través del señalado intervencionismo estatal impuesto por la Directiva 93/13, el legislador comunitario ha querido otorgar una sobreprotección al consumidor, ocupante de una posición débil en la contratación adhesiva o en masa, reequilibrando la desigualdad negociadora en las que se encuentran las partes contractuales, mediante la expulsión del negocio jurídico de todas aquellas cláusulas contractuales denotativas del mencionado desequilibrio. Pero el legislador comunitario no quiere eliminar el negocio jurídico que une al consumidor con el predisponente, salvo que éste no pueda subsistir sin la cláusula declarada nula. Esta es la razón por la que la declaración de nulidad lo es de una cláusula contractual, y no del contrato entero.

36. Definida así la ineficacia diseñada por el legislador comunitario, no podemos acudir a la categoría tradicional de ineficacia contractual, que distinguía entre la nulidad total o de pleno derecho, y la nulidad relativa o anulabilidad. En el caso de la nulidad diseñada por la Directiva 93/13, ésta más que ser hábil para imbuirse en el concepto de invalidez (cuando el vicio es intrínseco al negocio (defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud)), puede incluirse de lleno en el concepto de ineficacia en sentido estricto (cuando por otra razón el negocio no produce efectos, por circunstancias extrínsecas, incluso por un no querer de las partes). De esta manera, si comprendemos la sutil diferencia entre invalidez contractual y la ineficacia en sentido estricto, podremos entender la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, cuando al exponer el carácter retroactivo o irretroactivo de la declaración de nulidad de la denominada “cláusula suelo”, afirma que estas cláusulas son lícitas (por cuanto que son válidas, al no sufrir vicio estructural alguno), si bien deben ser expulsadas del clausulado por ser nulas por abusivas. Recordemos que la citada STS Pleno de 9 de mayo de 2013 señala claramente que *“Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas”*.

37. Es más, al estar dentro de la categoría de ineficacia contractual en sentido estricto, tampoco podemos encajar la declaración de nulidad de una cláusula suelo en las categorías previstas en el artículo 1.300 del CC (nulidad y anulabilidad), ya que éstas hacen referencia a una ineficacia que proviene desde dentro del negocio jurídico, cuando, como he señalado, la nulidad preconizada por la Directiva 93/13 viene impuesta a un negocio intrínsecamente válido. En este sentido, podemos recordar las categorías defendidas por De Castro de ineficacia estructural (la ineficacia nace con el negocio jurídico) y de ineficacia funcional (la ineficacia que resulta de circunstancias sobrevenidas). La ineficacia propugnada por el legislador comunitario es la ineficacia funcional a la que se refería De Castro, pues la expulsión del negocio jurídico de una cláusula contractual obedece a la decidida voluntad del legislador comunitario de reestablecer el equilibrio negocial perdido por la contratación adhesiva o en masa.

38. De esta forma, la “nulidad de pleno derecho” con que sanciona el artículo 83 del TRLGDCU las cláusulas abusivas no es propiamente una ineficacia estructural, sino una ineficacia funcional. Y si entendemos esta naturaleza, podremos entender la controvertida declaración de la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 respecto de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo, ya que no podemos acudir, como hacen las sentencias críticas con esta declaración del TS, al régimen legal del artículo 1.303 del CC, pues es un precepto definidor de los efectos de la nulidad estructural, que no funcional.

39. Consecuentemente, habrá de estarse al criterio del Tribunal Supremo, manifestado en la STS (1ª) de 25 de marzo y 29 de abril de 2015, al que se ha aquietado la parte actora en el acto de la audiencia previa, y así asumido por la demandada para el caso de estimación de la demanda, en lo que se refiere a las cantidades indebidamente cobradas con posterioridad a la publicación de la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, ya que conociendo el criterio del TS Pleno, si la entidad demandada no ha eliminado esta cláusula, debe pechar con su consecuencia, esto es, con la obligación de devolver cantidades que, desde la citada sentencia, no debía haber cobrado. Procede, por tanto, estimar parcialmente la demanda, máxime si conocemos la vocación universalizadora de la citada sentencia, expuesta en la eficacia “ultra vires” y “erga omnes” de sus párrafos 298 a 300. Y ello por cuanto que este tribunal considera que la limitación del efecto devolutivo produzca de facto una integración del contrato, evitando el efecto disuasivo buscado por el TJUE. Esto es así, en primer lugar, por cuanto que la limitación del efecto devolutivo no deja de ser más que una limitación, pero en ningún caso puede considerarse como una integración o moderación contractual, ya que no supone la aplicación de una cláusula contractual o norma legal alguna; en segundo lugar, porque el propio TJUE ha permitido esta limitación del efecto devolutivo, por lo que no puede

afirmarse que el TJUE va en contra del propio objetivo que el TJUE persigue con sus sentencias; y, en tercer lugar, porque la integración o modificación hace referencia a la integración de una laguna contractual, mientras que en el caso presente la cláusula es expulsada del contrato, y lo que se limita es el efecto devolutivo propio de la doctrina del enriquecimiento injusto, pero no la aplicación de ninguna cláusula contractual. En consecuencia, procede la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula declarada nula en esta sentencia, a partir del día 9 de mayo de 2013, integrándose los correspondientes intereses legales conforme al artículo 1.108 del CC.

40. En cuanto a la **nulidad de los intereses de demora** que postula la actora, por su abusividad, fijados en la estipulación segunda, al tipo nominal del 25% anual, hay que estar la reciente doctrina del Tribunal Supremo, declarada en la STS de 23 de diciembre de 2015, en la que se establece que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformó el art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadiéndole un tercer apartado, que establece un máximo legal al pacto de intereses moratorios en los contratos de préstamo para la adquisición de vivienda habitual, de manera que no pueden ser superiores al triple del interés legal del dinero. A su vez, la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley permitía el recálculo de los intereses moratorios establecidos en aquellos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al mencionado tope legal.

41. No obstante, como recuerda el TS, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU.

Así, el auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015 (Asunto C-602/13), no admite que, una vez declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios sea directamente aplicable el interés previsto en el citado art. 114.3 LH, al decir: *«...El contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas,... (el juez no puede)... reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula..., si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 (al)... 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, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas 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 dichos profesionales.... Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir la cláusula abusiva "por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato".

Y la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13) ha negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor, diciendo: «Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización». Como precisa el TS, en este mismo sentido se ha pronunciado la Sala en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, al decir: «(l)a consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario». Asimismo, el antes referido Auto TJUE de 11 de junio de 2015 ha dispuesto: «...Así pues, el ámbito de aplicación de la y del art. 4, apartado 1, del Decreto- se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del art. 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una

cláusula que fija los intereses moratorios”.

Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales. Los arts. 6, apartado 2, y 7, 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, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales no prejuzgue la apreciación del carácter "abusivo" de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es "abusiva" en el sentido del art. 3, apartado 1, de la citada Directiva».

Y por si ello fuera poco, el mismo auto TJUE reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios; debiendo por tanto, el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos. Es más, el TJUE declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no. A cuyo efecto proclama: «La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" -en el sentido del art. 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

Se razona en la STS de 23 de diciembre de 2015 que cuando se trata de obligaciones dinerarias, no cabe la imposibilidad definitiva de cumplimiento, sino sólo la demora; de tal manera que la indemnización que haya de abonarse por la misma responderá a la cobertura del daño por el retraso en función del tiempo transcurrido hasta el pago efectivo. Y tal y como ya se dijo en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, hay una correlación entre lo pactado como interés remuneratorio y lo convenido para el caso de demora.

Por ello, el pacto de intereses moratorios no sólo tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor, sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el periodo de tiempo por el que se prolongue la mora, pues «*Mientras el interés ordinario*

retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones».

El auto TJUE de 11 de junio de 2015 distingue entre las normas "especiales" previstas para los préstamos hipotecarios, introducidas por la , y la norma "general" constituida por el art. 1.108 del Código Civil. Conforme a la doctrina establecida por dicha resolución, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles.

De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal.

Por estas razones el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Y por ello, la STS de 23 de diciembre de 2015 declara que respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio que establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado.

La referida sentencia, en su Fundamento de Derecho Cuarto, *in fine*, declara que *"el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los*

préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia. La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia. Con base en los criterios expresados, la Sala considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal.

El criterio del Tribunal Supremo, recepcionado en particular por la Sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 28 de enero de 2016, opta por la aplicación del interés remuneratorio, y no por la aplicación de ningún otro interés legal de referencia.

42. En consecuencia, el interés de demora establecido en la escritura de préstamo hipotecario, es claramente abusivo porque consiste en la adición de más de veinticinco puntos porcentuales al interés remuneratorio fijado. Y por ello, debe declararse su nulidad, y reducir su aplicación a dos puntos porcentuales sobre el interés legal que resulte, conforme han convenido las partes.

CUARTO.- Costas procesales.

43. La parte actora sostiene la procedencia de la imposición de costas, al entender sustancial la estimación de su demanda, pues si bien en la demanda se reclaman cantidades percibidas indebidamente mediante la aplicación de la cláusula suelo, sosteniendo que con la aceptación del criterio de la no retroactividad de la STS de 9 de mayo de 2013, únicamente está renunciando a un mes de reclamación, ya que la primera revisión del tipo de interés se produjo en el mes de abril de 2013; y que su demanda se interpuso en 16 de enero de 2015, con antelación a la STS de 25 de marzo de 2015, que fijó como doctrina que las cantidades a reclamar deberían limitarse a aquellas indebidamente percibidas desde la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.

La demandada se opone, sosteniendo que la estricta aplicación de la doctrina de la STS de 25 de marzo de 2015 conlleva la estimación parcial de la demanda, independientemente de las cantidades a las que efectivamente

no haya derecho a percibir por la no retroactividad del referido pronunciamiento; máxime cuando las cláusulas objeto del presente juicio se establecieron contractualmente con anterioridad a la publicación de la Ley 1/2013, y en la reclamación extrajudicial formulada por el hoy demandante no se reclamaba en el sentido expuesto en la demanda.

44. La resolución acerca de la imposición de las costas pasa por el examen del alcance de la **no retroactividad de la STS Pleno de 9 de mayo de 2.013.**

45. La parte demandante ejercita una acción de condena a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la cláusula declarada nula, y esto con base en el artículo 1.303 del Código Civil (en adelante, CC).

46. En concreto, lo que viene a hacer la STS Pleno es acogerse a la posibilidad de no asumir la retroactividad como efecto de la nulidad a que se refiere el artículo 1.303 CC, cuando existan razones que justifiquen dicha decisión (como son la buen fe de los círculos afectados o el riesgo de trastornos graves), que como posibilidad permite tanto la normativa española, como fundamentalmente la STJUE de 21 de marzo de 2.013, caso RWE Vertrieb. En este sentido, la STS Pleno señala que:

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

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

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

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

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

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

42. De esta forma, la STS Pleno, acogéndose a esta posibilidad, analiza en el caso concreto de las cláusulas objeto de análisis, si existen razones justificadas para no conceder efectos retroactivos a la sentencia y por tanto a la devolución de las cantidades. En concreto, llega a la conclusión de que concurren razones de interés general para defender la no retroactividad, en base a los siguientes argumentos:

"293. En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que:

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

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la

vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

43. Las mismas razones que llevaron al TS a declarar la no retroactividad son aplicables a la cláusula objeto del presente procedimiento. Por tanto, como dice la STS Pleno de 9 de mayo de 2013:

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

44. Por tanto, no procede acoger en su integridad la pretensión de condena deducida por la parte demandante en su demanda, en cuanto a la reclamación de cantidades cobradas por la entidad demandada anteriores a

la fecha de la publicación de la STS Pleno de 9 de mayo de 2013. La más reciente STS de 25 de marzo de 2015 ha fijado como doctrina jurisprudencial que deben devolverse las cantidades indebidamente cobradas desde la publicación de la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, siempre que los criterios utilizados para declarar la nulidad por intransparente de una cláusula contenida en dicha sentencia se utilicen para declarar la nulidad de otra cláusula semejante, que es lo que ocurre en nuestro caso. En consecuencia, debe estimarse parcialmente la demanda, y condenar a la entidad demandada al pago de las cantidades percibidas indebidamente en virtud de la cláusula suelo que se anula desde la fecha de la publicación de la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, con sus intereses legales. Lo que no supone ni puede identificarse con una estimación en lo sustancial de la demanda, sino parcial, que conlleva, conforme al criterio del vencimiento del artículo 394 LEC, la no imposición de las costas procesales, debiendo cada parte sufragar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

F A L L O

Que con ESTIMACIÓN PARCIAL de la demanda presentada por/ Z, que comparece representado por la Procuradora D^a Yolanda Sánchez Orts; y parte demandada la entidad BANCO MARE NOSTRUM S.A, debo:

1) DECLARAR Y DECLARO la nulidad por abusiva de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria suscrita ante Notario en fecha 30 de marzo de 2012 (doc. 1 de la demanda), cláusula segunda, que reza:

“Como consecuencia de las revisiones del tipo de interés pactadas, las modificaciones que se produzcan en el tipo de interés que resulte de aplicación a efectos hipotecarios no podrá suponer una alteración superior ni inferior a cinco puntos sobre el inicialmente convenido en la escritura de constitución de hipoteca, mientras que a efectos obligacionales tendrán como límite máximo el 12% anual y como límite mínimo el 3,50 % anual.”

2) CONDENAR Y CONDENO a la entidad mercantil Banco Mare Nostrum S.A. a devolver a la actora las cantidades percibidas en virtud de la cláusula declarada nula a partir de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, con sus intereses legales; sin que proceda la devolución de las cantidades percibidas en virtud de la cláusula declarada nula antes del día 9 de mayo de 2013, desestimándose así parcialmente la demanda en la citada petición.

3) DECLARAR Y DECLARO la nulidad por abusiva de la estipulación segunda, de intereses de demora, pactados en el tipo resultante del incremento de 25,000 puntos porcentuales al tipo del interés nominal que en cada momento resulte de aplicación, determinándose la misma en el interés legal incrementado en dos puntos.

No procede efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas, debiendo cada parte sufragar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, el cual deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS a contar desde la fecha de su efectiva notificación, haciendo efectivo pago del depósito exigido legalmente para la interposición del recurso, y, en su caso, de la tasa judicial que corresponda.

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

PUBLICACIÓN.— Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado-Juez Ilmo. Sr. D. José Luis Fortea Gorbe, en el día de su fecha el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Alicante, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia certifico.