



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Y MERCANTIL NÚMERO CUATRO
DE HUELVA

Procedimiento Ordinario 745/2015

SENTENCIA 63/2016

En Huelva a 19 de Septiembre de 2016

Vistas por mí, D^a [REDACTED], Juez de Adscripción Territorial del Juzgado de Primera Instancia y Mercantil Número Cuatro de Huelva y su partido, las presentes actuaciones registradas bajo el número 745/2015, iniciadas a instancia del Procurador D^a. Marta Recuero Díaz, en nombre y representación de DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED], frente a UNICAJA BANCO S.A., sobre JUICIO ORDINARIO DE DECLARACIÓN DE NULIDAD Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, y con los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador D^a. Marta Recuero Díaz, en nombre y representación de DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED], se formuló en fecha 30 de Julio de 2015, demanda de juicio ordinario en ejercicio acumulado de acción de declaración de nulidad y consiguiente reclamación de cantidad frente a la entidad UNICAJA BANCO S.A., solicitando se dictara sentencia estimatoria condenando a la demandada en los términos contemplados en el suplico del escrito iniciador de la misma.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 31 de Julio de 2015, se admitió a trámite la demanda, emplazando a la parte demandada a contestar en el término de 20 días hábiles al escrito iniciador de la litis.

TERCERO.- Por el Procurador D. Alfonso Padilla de la Corte, en nombre y representación de UNICAJA BANCO S.A., el día 1 de Octubre de 2015 se presentó escrito de



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

contestación a la demanda en los términos obrantes en autos.

CUARTO.- Convocada la Audiencia Previa para el día 23 de Febrero de 2016, en la fecha señalada comparecieron las partes legítimamente representadas y defendidas. Abierto el acto, no siendo posible alcanzar acuerdo, y planteándose como única cuestión procesal por la demandada defecto legal en el modo de plantear la demanda, excepción que fue desestimada en el mismo acto por los motivos que obran unidos en soporte audiovisual, así como excepción de caducidad cuya resolución se derivó al pronunciamiento en sentencia, seguidamente se procedió a la fijación de hechos controvertidos y la proposición de prueba, y siendo admitida la que se tuvo por pertinente, finalmente se fijó la celebración del juicio en cuyo acto se habrían de practicar las pruebas, el día 14 de Septiembre de 2016.

QUINTO.- Recibido el procedimiento a prueba el señalado para la celebración del juicio oral, una vez practicada ésta, seguidamente quedaron los autos conclusos para dictar sentencia; habiéndose observado en la tramitación de la presente causa, los plazos y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Términos de la reclamación.

Por la parte actora se ejercita acción de nulidad de condición general al amparo de los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación(en adelante LCGC) y consiguiente reclamación de cantidad, alegando, en esencia, que tanto la cláusula tercera referida al índice IRPH, como la cláusula suelo dispuesta en el préstamo hipotecario otorgado por la entidad demandada a los actores son una condición general de la contratación, que los demandantes son consumidores, y que en las dos condiciones generales referidas se aprecia ausencia de claridad y transparencia siendo cláusulas abusivas, la primera de ellas por venir fijada unilateralmente y de forma no ponderada, a través de los datos emitidos y enviados al Banco de España por las distintas entidades bancarias sobre tipos medios de interés



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

aplicados, la segunda de ellas por ser un mecanismo por el cual la entidad se asegura un tipo de interés mínimo, aún habiendo querido y solicitado en su día el actor un préstamo hipotecario a tipo de interés variable, tal y como se pactó en el contrato de préstamo hipotecario objeto del presente pleito.

Así las cosas, la parte actora suscribió con la entidad demandada el día 26 de Septiembre de 2002 un préstamo a interés variable con garantía hipotecaria, modificado en fecha 13 de enero de 2005 y nuevamente novado en fecha 19 de mayo de 2006, en el que se recogía expresamente como mecanismo de fijación del interés pactado, la referencia al índice IRPH, así como que el tipo mínimo o suelo respecto al tipo de interés variable en ningún caso sería inferior al tipo del 3,50%. Dicha parte procesal aduce su condición de consumidor, así como la desinformación previa del contenido, alcance y consecuencia de dichas cláusulas estipuladas tanto en el contrato originario como en la novación posterior, siendo desconocedor del funcionamiento de las mismas y de cómo actuaría el sistema económico y bancario, no ostentando los particulares suscriptores ahora demandantes, profesión vinculada al mundo bancario o financiero; a la vez que denunciando la inclusión de las referidas cláusulas sin que fuera objeto de previa negociación, sino que se trató de una condición impuesta por la entidad demandada, estando incluidas en el contrato y sin que el consumidor tuviera más opción que la de adherirse o no al mismo, sin que hubiera existido negociación individual sobre las mismas. Siendo consecuencia de todo ello la producción de un perjuicio patrimonial y generación de una situación de desequilibrio en la parte actora, al haberse estado abonando, por una parte unos intereses calculados conforme a un índice impreciso y variable, únicamente modificable por las entidades bancarias, y por otra, la variación de los tipos medios de interés por ellas mismas gestionados; así como por otra, unos intereses por encima de los fijados por el mercado, razón por la que insta dicha parte procesal que ambas cláusulas sean declaradas nulas, solicitando su eliminación del contrato, y la correlativa condena a la entidad bancaria a la devolución de la cantidad cobrada de más en los préstamos hipotecarios en virtud de la aplicación de las referidas cláusulas por cualquier concepto, junto con los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro, así como imposición de costas procesales causadas.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Por la entidad demandada UNICAJA BANCO S.A. se formula oposición a los pedimentos de la actora, alegando que realmente las cláusulas fueron negociadas entre las partes, -como se demuestra por el hecho de que se hayan producido dos novaciones del contrato original-, que indica la demandada, son fruto de las negociaciones entre los contratantes, reconociéndose de forma clara y precisa los términos relativos al interés aplicable, y de las cuales tenía pleno conocimiento la parte actora; aduciendo igualmente que el lenguaje utilizado fue plenamente comprensible para cualquier consumidor que no tuviera conocimientos económicos o financieros, dado que el límite mínimo "(suelo)" a la variabilidad del tipo de interés se expresaba en términos claros, sencillos y absolutos, constaba redactada la cláusula sin estar enmascarada entre otros datos que pudieran diluir la atención del prestatario, destacando en el mismo sentido la importancia de la intervención del Notario, con la obligación que el mismo tendría de asesorar a los clientes, así como la puesta a disposición de los términos del contrato para los firmantes en la propia Notaría con carácter previo a la firma; aduciendo igualmente en relación al IRPH, la naturaleza legal y permitida al momento de la firma del contrato, del uso de dicho índice como medio de fijación del interés que gravaría el préstamo, hallándose el mismo publicitado periódicamente en el BOE, razón por la cual legítima y válida habría de ser declarada dicha práctica bancaria.

SEGUNDO.- Caducidad de la acción.

Excepciona la parte demandada en la Audiencia previa la cuestión procesal de la caducidad de la acción ejercitada por la parte actora, dado el transcurso del plazo de cuatro años fijado para la solicitud de nulidad al amparo del artículo 1301 del Código civil. Al respecto debe citarse la doctrina del Tribunal Supremo muy clara en dicho sentido, al indicar que el momento en el que empezaría a correr el plazo de caducidad habría de determinarse diferenciando dos conceptos: la **consumación** y la **perfección** de los contratos. Así, el Tribunal Supremo en sus sentencias de fechas 5 de Mayo de 1983, 11 de Julio de 1984, 27 de Marzo de 1989 y 11 de Junio de 2003, ha determinado que el cómputo del plazo de caducidad de la acción se produce en el momento de la consumación del



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

contrato, es decir cuando están completamente cumplidas las prestaciones por ambas partes, no debiendo confundirse en ningún caso el momento en el que se consuma el contrato con la perfección del mismo, que tendrá lugar con la reunión de voluntades, difiriéndose en el caso de contratos de tracto sucesivo la consumación, al momento en que todas las prestaciones se encuentren satisfechas.

Y como muestra de dicha línea jurisprudencial, destaca la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Oviedo, de fecha 10 de febrero de 2014, en la cual se explicita que "Lo primero que ha de indicarse es que la acción principal que se ejercita en la demanda es de nulidad conforme a la normativa de protección de consumidores y usuarios, no obstante, es cierto que también se invoca la nulidad por error en el consentimiento. En cualquier caso, la acción no puede estimarse caducada por cuanto, en relación con el cómputo del plazo del artículo 1301 CC, la doctrina de forma unánime viene señalando que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción de restitución no puede empezar a prescribir conforme al artículo 1969 del Código Civil, sino desde la consumación, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 - en relación a un contrato de préstamo - que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003 declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuándo se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

de esta Sala: la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó". En definitiva, aplicando la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, ha de concluirse que el contrato de préstamo litigioso es un contrato de tracto sucesivo, que continúa en el momento actual produciendo obligaciones para los contratantes y así los demandados vienen obligados a abonar mensualmente la cuota pactada. Por tanto, no puede confundirse la perfección con la consumación del contrato y no puede identificarse en este caso la fecha de la firma de la escritura pública y prestación del consentimiento contractual con el momento de consumación del contrato, ya que éste continúa generando prestaciones para las partes, por lo que no puede estimarse caducada la acción de nulidad con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.301 CC.

Es por todo lo anterior que debe desestimarse la excepción procesal planteada, considerando que no habiéndose consumado en el momento actual el contrato de préstamo concertado entre las partes litigantes, en la medida que siguen devengándose prestaciones de abono de forma sucesiva, ninguna caducidad habría de predicarse de una acción válidamente ejercitada por los demandantes.

TERCERO.-Condición de consumidor.

En este tipo de procedimientos la cuestión nuclear subyace al gravamen probatorio consagrado en los números 2 y 3 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual corresponde a la parte actora acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca, y a la demandada los hechos extintivos o impeditivos; ello sin que se pueda obviar, que, como tiene establecida la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013, compete a la demandada la carga de demostrar que la contraparte tuvo posibilidad de negociación en tales términos, y acreditar el grado de información que el Banco haya suministrado al cliente, así como la forma y el momento en el que lo haya hecho, y que la carga de la prueba sobre la existencia de información recae sobre la entidad financiera dado que de conformidad con el principio de facilidad probatoria -(artículo 217.7 LEC)-, es quien



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

está en mejor situación para probar ese hecho y así lo impone, y, porque la falta de información constituye un hecho negativo de imposible prueba para el cliente. Más en el presente caso, la celebración entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario formalizado en escritura pública está plenamente acreditado por la prueba documental practicada por las partes, copia de la escritura pública de 19 de mayo de 2006 (Doc. nº 3 de la demanda), no siendo tal hecho controvertido por los litigantes y por ello exento de prueba (artículos 405 y 281.3 de la LEC). Las mismas circunstancias deben predicarse de la condición de consumidor del actor, que no ha sido objeto de discusión en el presente procedimiento.

Conforme al artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que regula el concepto general de consumidor y de usuario: "*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*"; y atendiendo a la prueba practicada en el presente procedimiento, debe concluirse teniendo por acreditada la condición de consumidor del actor.

CUARTO.- Definición de la cláusula de IRPH, y naturaleza jurídica de la cláusula suelo y de la cláusula IRPH.

En primer lugar, y por lo que hace a la definición del tipo de interés IRPH empelado por las entidades bancarias, tomando en consideración las conclusiones que se desprenden del informe emitido por el Banco de España que se une a los presentes autos como documental interesada por la parte actora, puede considerarse que dicho índice se elabora a partir de los datos sobre tipos de interés empleados que mensualmente remiten las entidades de crédito al Banco de España, quien recibe dichos datos y -sin realizar ningún tipo de ponderación, ni coeficiente corrector que evite los efectos de emplear la "media simple", sin atención al



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

volumen de operaciones de cada una de las entidades emisoras-, elabora directamente el resultado o índice del IRPH, resulta evidente y manifiestamente palpable que se trata de un tipo de interés obtenido necesaria y exclusivamente a partir de los datos resultantes y de la participación y comportamiento de las propias entidades de crédito en el mercado hipotecario financiero español, esto es, de una de las partes del contrato, que con su actuación directa, influye palmariamente en la determinación de un índice de referencia que, posteriormente, aplicará en los contratos que ella misma suscriba con los clientes.

En el supuesto de autos, se insta por la parte actora una declaración de nulidad tanto de dicho índice, como de la cláusula limitativa de interés o "suelo", basada en el carácter abusivo de la cláusula, o subsidiariamente el error en el consentimiento prestado por los consumidores firmantes, atacando su claridad y comprensibilidad, y por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de las cláusulas cuya nulidad se pretende, se debe concluir que se trata de condiciones generales de la contratación. Y ello es así puesto que, el artículo 1 LCGC establece que: "*son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*", siendo este precepto transposición al derecho nacional de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Por su parte el Tribunal Supremo en el razonamiento jurídico 137 de su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo de 2013, sostiene que para que una cláusula tenga la consideración de condición general, debe reunir los siguientes requisitos:

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

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



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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

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

Señalando por último esta misma Sentencia que para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante, a tenor de la referida sentencia: "la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias", "que el adherente sea un profesional o un consumidor" (razonamiento jurídico 138) y "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" (razonamiento jurídico 178); concluyendo dicha Sentencia (apartado 144), que el hecho de que las condiciones se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen en el proceso seguido para su inclusión en el mismo. El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes. No excluye la naturaleza de condición general el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial. La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores recae sobre el empresario (apartado 165). En el mismo apartado también expone que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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.

En el supuesto de autos no se plantea discusión por parte de la entidad demandada respecto al hecho de que la denominada "cláusula IRPH" y "cláusula suelo" objeto de la presente litis hayan sido prerredactadas por la entidad bancaria, o que las mismas estaban destinadas a ser incorporadas a una multitud de contratos, pero sí respecto al hecho de que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente sino impuesta por el banco a modo de "oferta irrevocable", circunstancia ésta que se discute y por ende analizará con posterioridad, al no incidir sobre la naturaleza jurídica de dichas cláusulas en estricto sentido, a tenor de la doctrina expuesta. En consecuencia, ha de sostenerse que las mismas son una condición general de la contratación, cuya validez es susceptible de ser controlada judicialmente, siendo de aplicación "las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual", de conformidad con el artículo 9 LCGC.

QUINTO.- Control de transparencia.

Como se expuso anteriormente, el Tribunal Supremo señala en su sentencia de 13 de mayo de 2013, que las cláusulas suelo o análogas de contratos bancarios son en principio lícitas, siempre y cuando 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 que conllevaría. Así, corresponde a la libre iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial que estime oportuna, pero siempre que comunique de forma clara, comprensible y destacada cuál es ésta, de forma que el cliente debe poder ser consciente del efecto de esa cláusula al efectuar su opción de entre los diversos productos que se le ofertan en el mercado. Ahora bien, declarada su naturaleza de condición general, tal y como destaca el Tribunal Supremo en su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo: "la apreciación del



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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" (artículo 4.2). En consecuencia, no cabe apreciar la abusividad de la cláusula sobre la base de la falta de equilibrio de las prestaciones derivada de la misma, lo que impide que sea posible declarar su nulidad por falta de reciprocidad, pero sí someterla a un doble control de transparencia.

A).- Así, un primer control relativo al **modo de inclusión en el contrato**, que afecta a todas las condiciones generales de la contratación, con independencia del carácter de las partes, y que se ciñe a examinar el cumplimiento formal de la normativa bancaria que regula la incorporación a los contratos y que, esencialmente y según los casos, se encuentra en las Órdenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1.989, 5 de mayo de 1.994 y 28 de octubre de 2.011, en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares y en la propuesta de Directiva nº2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial. En cuanto al control de inclusión la Directiva 93/13 indica (considerando vigésimo), 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 que éstas (artículo 5) deben estar redactadas de forma clara y comprensible. El artículo 4.2 de la Directiva indica que la 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 forma clara y comprensible. En la normativa interna, las Condiciones Generales de la Contratación pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación al contrato a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5. LCGC, que establece que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción, y sencillez, y en concreto, el art. 7, que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones en que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, tampoco las ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. La detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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 artículo 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, o en este caso del índice IRPH, lo que en definitiva supone el cumplimiento del control o filtro de inclusión.

En el presente supuesto no ha acreditado la parte demandada haber facilitado la oferta vinculante al actor, dado que ninguna documental en tales términos se aporta, como tampoco se prueba haber exhibido el contenido formal de la escritura pública con la antelación de tres días a la firma, con arreglo a la indicada normativa, ni se le ofrecieron simulaciones o productos financieros alternativos, no pudiendo negociar ninguno de los contenidos, y sin que los firmantes tomaran conciencia, previa firma del préstamo, del sentido, extensión y consecuencias de la aplicación del índice IRPH, o de la cláusula limitativa del interés "suelo".

B).- Ahora bien, cuando las condiciones generales estén incluidas en contratos con consumidores es necesario además que superen el **control de transparencia**. Y en cuanto a la procedencia de realizar un control de transparencia la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de Pleno nº 138/15 de 24 de Marzo, en el fundamento de derecho Tercero, establece que: "Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las números 834/09 de 22 de Diciembre, 375/10 de 17 de Junio, 401/10 de 1 de Julio y 842/11 de 25 de Noviembre, que se perfila con mayor claridad en las números 406/12 de 18 de Junio, 827/12 de 15 de Enero de 2013, 820/12 de 17 de Enero de 2013, 822/12 de 18 de Enero de 2013, 221/13 de 11 de Abril, 628/113 de 18 de Noviembre y 222/14 de 30 de Junio. Y en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo" puede citarse tanto la referida sentencia número 241/13 de 9 de Mayo, como la posterior sentencia 464/14 de 8 de Septiembre". Continúa indicando la referida sentencia, con mención a la 241/13 de 9 de Mayo, -que reitera lo indicado en la 406/12 de 18 de Junio- y en consonancia con el artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE de 5 de Abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, que "el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las contraprestaciones que identifica el objeto principal del contrato,..sino que el doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, que permita posibilitar el conocimiento real de su contenido por una redacción comprensible, y que además no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean 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. Concluye indicando que "por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca suprepticamente una alteración no del equilibrio entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el Juez, sino del equilibrio subjetivo del precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación".

Como señala el artículo 80.1 TRLCU "(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



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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, 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. Es decir: a) 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".

En la Sentencia nº 138/15 del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 138/15 de 24 de Marzo, se resalta que "5.- La STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (párrafo 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (párrafo 72), y concluir en el fallo que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo». Esta doctrina ha sido reiterada en la STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, cuyo párrafo 74 declara: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 73)».

Este segundo control, limitado a los supuestos en los que el contratante es un consumidor, que se extiende a la **comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato**, se desprende del tenor literal del artículo 80.1 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante TRLGDCU), a tenor del cual: "en 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". Siendo este segundo control el desarrollado por la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo que, tras indicar en el Razonamiento Jurídico 211 que: "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



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato", señala en el Razonamiento Jurídico 225 los siguientes elementos indiciariamente reveladores de la falta de transparencia:

"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."

Aclarando el Tribunal Supremo mediante Auto de fecha 3 de junio de 2.013 que: "no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo". Lo que debe ponerse en relación con la afirmación de que "el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios". Y de nuevo el Tribunal Supremo en su Sentencia de Pleno, 138/15 de 24 de Marzo reitera la necesidad de establecer el control de transparencia, y así indica: "Finalmente, para que una cláusula no negociada sea abusiva es necesario que sea contraria a la buena fe y suponga un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor".

El artículo 3.1 de la Directiva 93/ 13 dispone que



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

(1) las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". A su vez el artículo 82.1 TRLCU dispone que "(s)e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". Pues bien, las "cláusula suelo" o las "cláusulas de fijación del interés conforme al índice IRPH" 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. Por tanto, y en lo que respecta a la cláusula suelo, ésta será abusiva cuando suponga un desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos. Así lo dispone expresamente la sentencia de pleno referida: "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 cláusula suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto". Debiendo tomarse como referencia para hacer ese control de abusividad tanto el momento de celebración del contrato como las circunstancias concurrentes y demás cláusula del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva "(...) el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará (...) considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusula del contrato, o de otro contrato del que dependa" (), y el artículo 82.3 TRLCU "(e)l carácter abusivo de una cláusula se apreciará (...) considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa". Y también debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales, así lo impone el considerando decimoctavo de la Directiva 93/13 según el cual "(l)a naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales", y el tenor del art. 4.1 "(s)in perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean o cláusula objeto del contrato (...)" y también el artículo 82.3 TRLCU dispone que "(e)l carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato (...). Y este desequilibrio puede darse incluso en contratos que no contienen obligaciones recíprocas como es el préstamo".

En el supuesto de autos, la parte actora denuncia la falta de transparencia en cuanto a la predisposición de la cláusula suelo y la cláusula de referencia al IRPH por información insuficiente, provocando un vicio en el consentimiento del consumidor derivada de la ausencia de negociación, y la parte demandada entiende que al haber existido novación/modificación del contrato originariamente firmado por las partes, se presume que existió negociación entre los actores y la entidad bancaria, y que fruto de esa negociación es el resultado de incluir el clausulado que ahora se ataca. No obstante debe tenerse en cuenta que respecto al contrato de préstamo firmado por las partes inicialmente, así como las sucesivas modificaciones, no se ha acreditado que cumplieran cada uno de ellos con los requisitos exigidos para su validez, y así en primer lugar no se ha acreditado haber entregado oferta vinculante con los requisitos exigidos por la Ley y la Jurisprudencia, ni se ha acreditado que se realizara simulación de escenarios diversos ni que se informa a los actores de las ventajas de optar por otros productos; ni se prueba haber advertido el convencimiento y conocimiento de los consumidores acerca del sentido de la cláusula suelo o de la fijación del tipo de interés conforme al índice IRPH, correspondiendo el gravamen probatorio de dicha información/negociación a la entidad demandada, sin que tal acreditación se aporte al procedimiento, habiendo por el contrario manifestado el demandante D. José María al deponer en el acto de la vista, que nunca le informaron del sentido de la estipulación tercera, que nunca comprendió ni supo de la trascendencia de las cláusulas contenidas en



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

dicha estipulación, que no pudo negociar el contenido de ninguna cláusula, que no recibió folleto informativo, que el Notario el día del otorgamiento de la escritura dio lectura a la misma sin advertirle de las consecuencias y extensión del clausulado, así como que su intervención se ~~vió a~~ consentir lo estipulado por el banco, sin poder introducir, matizar o modificar contenido alguno.

De este modo la parte demandada no ha acreditado, como le compete, que haya existido negociación individual para su inclusión de los términos cuya anulación ahora se insta, ni que las referidas cláusulas superen el control de transparencia en los términos exigidos por el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la matización efectuada por el referido Tribunal en su Sentencia de Marzo de 2015 en cuanto a lo que debe entenderse por comprensión gramatical de la referida cláusula, sin que conste acreditado por parte de la entidad bancaria que en ese momento se lleva a cabo la información precisa para que el actor pueda tener conocimiento del significado de las cláusulas "no sólo de que las cláusulas consideradas sean claras y comprensibles gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de aplicación de la cláusula, de forma que el consumidor pueda evaluar basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de su cargo". Igualmente y respecto a la ya referida intervención del Notario y la información que el mismo debe suministrar al consumidor, debe tenerse en cuenta que el derecho de información va más allá de la lectura por el notario de la escritura pública, pues como indica la sentencia de la AP de Jaén de 19 y 25 de febrero de 2015, la lectura de la misma por el Notario no suple en ningún caso el deber de información que debe correr a cargo de la entidad bancaria, siguiendo de ésta forma la doctrina del TS (8 septiembre 2014) "la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contrato de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de éste especial deber de transparencia." En el mismo sentido cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 16 de Junio de 2015. La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 aplica el denominado control de transparencia sobre el marco de la contratación realizada y llega a la conclusión de que el predisponente no ha observado los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios

pudieran evaluar el alcance jurídico de la cláusula suelto respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. También rechaza que el deber de transparencia quedara acreditado en el ámbito de la "transparencia formal o documental" que acompaña a este modo de contratar, particularmente del documento en donde se contempla la llamada oferta vinculante, oferta que no concurre en el supuesto de autos.

De la doctrina del TS sobre el control de transparencia contenida en las Sentencias de 9/5/13 y 8/9/14 y 24/3/15, resulta la necesidad de examen de la estipulación controvertida desde la perspectiva de un doble filtro: a) el primero, determinado por las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos; y b) en el segundo, el control de transparencia, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" como la carga jurídica que representa la estipulación. En el segundo nivel de control, la transparencia documental (primer examen) es insuficiente para impedir el de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Se requiere, según indica el Tribunal Supremo, que la información suministrada permita 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 que el consumidor pueda tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en su economía. El Tribunal Supremo concluye que: a) El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula añadidamente 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. (La conclusión al no ser clara la cláusula definitoria del objeto principal, es que procede el control del contenido). Y, b) La transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Por todo ello, y con respecto al supuesto enjuiciado en el presente caso cabe concluir que no cumplen el primero de los controles de transparencia a que se refiere la doctrina del Tribunal Supremo dimanante de las resoluciones



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

citadas ni se ha cumplido con el segundo nivel de control relativo a la comprensibilidad por el consumidor del alcance jurídico y económico de las mismas. No consta el cumplimiento de las exigencias que se describen en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 y posteriores en orden al conocimiento del alcance de los efectos económicos que implicaba para el consumidor la inclusión del clausulado ahora controvertido, no consta que se haya simulado ningún escenario relacionado con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, y a corto plazo, al igual que la información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, que implique que el cliente haya tenido una real y completa información del contenido y alcance de las cláusulas fijadas. En definitiva, ha de concluirse que las condiciones generales insertas en el contrato de préstamo ahora controvertido, concretas ambas en la estipulación tercera, no son transparentes, y además son abusivas en tanto suponen un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, al no determinar un reparto real del riesgo de la variación del tipo de interés, pues la fijación de un tipo de interés fijo del 3,50 % sin limitación al alza no supone un reparto equilibrado del riesgo entre ambas partes, ya que la prestataria tendría que pagar de subir los intereses, pero no se beneficiará de la variación a la baja, al fijarse como tipo mínimo el 3,50 %; más en el caso del índice IRPH, supondría un eventual cálculo del interés con el que gravar al prestatario, conforme a un tipo de referencia previamente calculado mediante una media simple de tipos referenciados por las propias entidades bancarias, y que según menciona el pliego de respuestas unido a autos contestado por el Banco de España, dicho índice IRPH sería el resultado de una media no ponderada de tipos remitidos por las propias entidades prestamistas, y cuyo contenido incluiría "comisiones y demás gastos que el cliente estaría obligado a pagar como contraprestación por el crédito recibido o servicios inherentes al mismo", lo que conllevaría a la luz de la doctrina expuesta, la declaración de nulidad de ambas cláusulas.

De conformidad con lo indicado procede estimar la demanda en esta punto, y declarar la nulidad de la cláusula limitativa del interés variable, así como la cláusula de fijación del tipo interés conforme al índice IRPH, que se contienen en la estipulación tercera de la escritura pública del contrato celebrado entre las partes y autorizado por Notario en fecha 19 de mayo de 2006.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

SEXTO: No obstante, y en todo caso, la nulidad de las cláusulas no comporta la nulidad del contrato en su integridad por aplicación de los artículos 12 LCGC, 83 TRLGDCU y 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, porque aún cuando las referidas cláusulas anuladas participen de la definición del objeto del contrato en cuanto que lo limitan para determinados supuestos, ello no comporta que forme parte esencial del mismo, habida cuenta de que el préstamo es un contrato esencialmente gratuito del que no se derivan intereses salvo que expresamente se pacte, conforme a los artículos 1.740 y 1.755 del Código Civil (en adelante CC). En consecuencia, en todo caso procede declarar la subsistencia del resto del contrato, en cumplimiento del mandato del artículo 10.2 LCGC, sin que sea posible la restitución, integración o moderación de la cláusula declarada nula, por ser contraria esta posibilidad al Derecho de la Unión, pudiendo citarse, por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012. En este sentido concluye la STS 138/15 que: *"En nuestro ordenamiento, la declaración de nulidad de una cláusula por abusividad es una nulidad parcial (art. 9.2 LCGC, art. 10 bis LCU y 83.2 TRLCU) de manera que la misma debe ser eliminada quedando subsistente el contrato, sin que exista posibilidad de integración tras la doctrina contenida en STJUE de 14 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013"*.

A continuación analiza la indicada resolución el efecto de la nulidad consistente en la restitución de las prestaciones habidas sobre la base de dicha cláusula nula, desde la fecha del contrato, lo que implica en este caso la devolución por la entidad bancaria de las cantidades cobradas de más como intereses por aplicación de la referida cláusula. Más este efecto que deriva de la aplicación del artículo 1303 del Código Civil, no se acoge en la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 por *"razones excepcionales de seguridad jurídica y de orden público económico al tratarse de una acción colectiva contra varias entidades bancarias para que eliminen las cláusulas suelo de sus préstamos y dejen de aplicarlas en el futuro, de manera que si tuvieran que revisar todos los contratos ya firmados y devolver lo ya cobrado se les causaría un gran perjuicio económico"*. Más antes de aplicar y razonar ese criterio excepcional si declara que la regla general es la retroactividad, para a continuación limitar la



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

retroactividad por razones de seguridad jurídica y concluir declarando la irretroactividad de la nulidad declarada. Así la Sentencia 139/15 de 25 de Marzo del Pleno del Tribunal Supremo establece que, a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno de 9 de Mayo de 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. Por ello concluye declarando que "la entidad demandada no viene obligada a la devolución de los pagos ya efectuados por los prestatarios a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de Mayo de 2013". Y sobre dicha cuestión ya ha tenido oportunidad de pronunciarse la Audiencia de Huelva, en su Auto de 20 de Mayo de 2015, Recurso de Apelación 293/15, en el siguiente sentido: "**SEGUNDO.-** En cuanto retroactividad de la cláusula suelo es conocida la postura mantenida por el TS en su sentencia de 09/05/2013, de que en caso de declaración de nulidad por abusiva no tenía efectos retroactivos, respecto de las cantidades devengadas y cobradas por el banco antes de la fecha de publicación de la mentada sentencia". No obstante en la sentencia del indicado Tribunal de 25/03/2015, se establece como doctrina "que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 09 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de Julio de 2014 y la de 24 de marzo de 2015, 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 09 de mayo de 2013".

Por todo ello, debe tenerse en cuenta que tanto la demanda, como la contestación fueron posteriores al dictado de la referida Sentencia, pero aún así, las partes no efectuaron adecuación alguna a la misma y por tanto declarada nula la cláusula, por mandato legal ha de acordarse la restitución de las prestaciones cobradas en aplicación de la referida cláusula desde el 9 de Mayo de 2013, lo que comporta:

1. Primero, que la entidad bancaria haya de recalcular



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde la fecha de la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9/5/13 como si no hubiera estado incluida la cláusula en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo;

2. Segundo, que la entidad bancaria deba reintegrar al actor las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas desde la fecha de la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9/5/13, con abono del interés legal del dinero desde su pago, el cual se determinará en ejecución de sentencia.

Finalmente y por lo que atañe a la cláusula relativa al índice IRPH, las consecuencias ya enunciadas de la no incorporación de la cláusula IRPH; se someten a lo dispuesto en el artículo 10 LCGC ("1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si este puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. 2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo."). Luego tratándose de un contrato de préstamo con expreso pacto de intereses que previamente convinieron las partes, se impone la integración del contrato con el establecimiento de otro índice de referencia, más habiéndose dejado de publicar - (desde el 1 de noviembre de 2013, Disposición adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización)-, los tipos sustitutos previstos en la escritura, la integración deberá hacerse con el tipo de referencia, el Euribor, al que se adicionará 0,25 puntos de diferencial previsto en la escritura (estipulación tercera) y, en cuanto a las consecuencias económicas, de conformidad con lo previsto en el artículo 1303 del Código Civil, deberán las partes reintegrarse, en su caso, las cantidades que hubieran percibido, con sus intereses, en aplicación de la cláusula declarada nula.

SEPTIMO: De acuerdo con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siendo parcial la estimación de la demanda formulada, cada parte abonará sus propias costas, debiendo sufragarse las comunes por mitad.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

FALLO

Que debo ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda formulada por el Procurador D^a. Marta Recuero Díaz, en nombre y representación de DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED], frente a UNICAJA BANCO S.A., y en consecuencia:

- 1^o.- DECLARO la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, de la cláusula de fijación del interés conforme al **índice de referencia IRPH** que se contiene en la estipulación tercera, cuyo tenor literal es el siguiente "el tipo de interés de referencia, a efectos del presente contrato, es el tipo medio de los préstamos hipotecarios, a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito, definido como tipo medio de referencia oficial en el Anexo VIII de la Circular 8/1990 del Banco de España.", de la escritura de Ampliación y modificación del Préstamo Hipotecario, de 9 de octubre de 2006, otorgada ante el Notario de Sevilla D. Luis Gutiérrez Díaz, con número de protocolo 2.583, con supresión de la misma y subsistencia del contrato. Esta declaración de nulidad conlleva:
 - a) Sustituir el tipo de referencia declarado nulo por el tipo de referencia EURIBOR más 0,25%.
 - b) Condenar a UNICAJA BANCO, S.A. a reintegrar las cantidades con sus intereses, que hubieran percibido en aplicación de la cláusula declarada nula y considerando el tipo Euribor más 0,25 que sustituye a la misma.
- 2^o.- DECLARO la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, de la **cláusula limitativa del interés variable** que se contiene en la estipulación tercera, cuyo tenor literal es el siguiente "en ningún



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

caso, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,50 por ciento nominal anual", de la escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 19 de mayo de 2006, otorgada ante el Notario de Trigueros, D^a Montserrat Álvarez Sánchez, con número 883 de su protocolo, con supresión de la misma y subsistencia del contrato. Esta declaración de nulidad comporta:

a) Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde la fecha de la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9/5/13 como si nunca hubiera estado incluida la cláusula en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

b).- Que la entidad bancaria deba reintegrar al actor las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula desde la fecha de la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9/5/13, más los intereses legales desde la fecha de cada cobro, devengados al tipo de interés legal del dinero.

3º.- DECLARO la subsistencia del resto del contrato.

4º.- No ha lugar a efectuar expresa condena en costas procesales.

Una vez sea firme la presente resolución, dirijase mandamiento al titular del Registro de las Condiciones de la Contratación, para la inscripción de la Sentencia en el mismo.

Notifíquese la presente resolución a las partes indicando que contra la misma cabe interponer recurso de APELACION, del que conocerá la Audiencia Provincial de Huelva, debiendo interponerse ante este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, y citar la resolución apelada y los pronunciamientos que se impugna (artículo 458 LEC en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de Octubre de agilización procesal), y ello previa constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre del Juzgado,



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 458 de la LEC y la disposición adicional decimoquinta de la Ley 1/09 de 3 de Noviembre de modificación de la Ley 6/1985 del Poder Judicial) así como, en su caso, el abono de la correspondiente tasa judicial.

Llévese testimonio de la presente a los autos de su razón con archivo de la original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha. Doy fe.

"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)"