JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 5 DE VIC PROCEDIMIENTO ORDINARIO 549/2016

TERESA AGULLÓ CORREA

Proc.: XAVIER ARMENGOL MEDINA

BANCO MARE NOSTRUM SA

Proc.: MARTA PRADERA RIVERO

SENTENCIA

En Vic a 27.09.2017

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 21.09.2016 el/la Procurador/a Sr. /Sra. Armengol Medina, en nombre de (en adelante, los demandantes o los actores),

promovió demanda de juicio ordinario frente a BANCO MARE NOSTRUM, S.A. (en adelante, BMN, el banco, la entidad bancaria o la demandada) que fue repartida a este juzgado en la que, tras alegar hechos y derecho, solicitaba sentencia por la cual se acuerde lo siguiente:

- A) Se declare la nulidad de las siguientes cláusulas por falta de transparencia y por tener el carácter de abusivas:
 - De la cláusula TERCERA del contrato de novación modificativa y ampliación de hipoteca suscrito con la demandada en fecha 27 de marzo de 2003, por el que se modifica el préstamo hipotecario de fecha 14 de diciembre de 2000, relativa al límite de variabilidad del tipo de interés en la que se establece una cláusula suelo y techo, del 4,25% y 14% nominal anual, respectivamente.
 - De la cláusula TERCERA del contrato de novación modificativa y ampliación de hipoteca suscrito con la demandada en fecha 27 de marzo de 2003, por el que se modifica el préstamo hipotecario de fecha 14 de diciembre de 2000, en la que se establece como índice de referencia el IRPH Cajas de Ahorro y como sustitutivo el CECA.
 - De la estipulación G) del contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demandada en fecha 14 de diciembre de 2000, posteriormente novado mediante contrato de novación modificativa y ampliación de hipoteca de fecha 27 de marzo de 2003, relativa a los intereses de demora aplicables al crédito.

- De la estipulación H) del contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demandada en fecha 14 de diciembre de 2000, posteriormente novado mediante contrato de novación modificativa y ampliación de hipoteca de fecha 27 de marzo de 2003, en la que se establecen las condiciones para el vencimiento anticipado del contrato.
- B) Se condene a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración de nulidad y a eliminar la cláusula TERCERA del contrato de novación modificativa y ampliación de hipoteca de fecha 27 de marzo de 2003, por el que se modifica el préstamo hipotecario de fecha 14 de diciembre de 2000, relativa al límite de variabilidad del tipo de interés en la que se establece una cláusula suelo y techo, del 4,25% y 14% nominal anual, respectivamente y en la que se establece como índice de referencia el IRPH Cajas de Ahorro y como sustitutivo el CECA, recalculando el préstamo aplicando desde el inicio de la segunda fase el interés legal en vigor en cada cuota.
- C) Se condene a la entidad demandada al reintegro a mis mandantes del importe cobrado de más en virtud de la aplicación de la cláusula suelo, condición declarada nula, desde la fecha en la que fue suscrito el contrato de novación modificativa y ampliación de la hipoteca —a 27 de marzo de 2003- y hasta que la misma se elimine del mismo, más los intereses legales devengados de dicha cantidad.

- D) Subsidiariamente a lo anterior, se condene a la entidad demandada al reintegro a mis mandantes del importe cobrado de más en virtud de la aplicación de la cláusula suelo, condición declarada nula, desde fecha 9 de mayo de 2013 y hasta que la misma se elimine del contrato, más los intereses legales devengados de dicha cantidad.
- E) E igualmente se condene a la entidad demandada al reintegro a mis mandantes de los importes cobrados en exceso por aplicación del índice de referencia el IRPH Cajas de Ahorro y como sustitutivo el índice CECA, tras el recálculo referido en el apartado b) del suplico, más los intereses legales devengados de dichas cantidades desde las respectivas fecha de cobro hasta su completa devolución.
- F) Se condene a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración de nulidad y a eliminar las estipulaciones G) y H) del contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demandada de fecha 14 de diciembre de 2000, posteriormente novado mediante contrato de novación modificativa y ampliación de hipoteca de fecha 27 de marzo de 2003, relativa a los intereses de demora aplicables al crédito y al vencimiento anticipado del contrato.
- G) Se condene en todo caso a la entidad demandada al pago de los gastos y costas del presente procedimiento.

<u>Segundo.-</u> Admitida a trámite la demanda (28.11.2016) se emplazó a la parte demandada quien compareció, contestó a la demanda e interesó la desestimación de la misma con imposición de costas a la parte demandante.

Tercero.- El 10.04.2017 tuvo lugar la audiencia previa, con la asistencia de las partes y de sus respectivos letrados y procuradores, tal y como consta en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen.

Cuarto.- El día 26.09.2017 se celebró el juicio en el que, una vez comparecidas las partes, se practicaron las pruebas que habían sido admitidas; se evacuó el trámite de conclusiones de las partes y quedaron los autos pendientes de sentencia.

<u>Ouinto.-</u> En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

La vista y la audiencia previa se grabaron en soporte audiovisual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

<u>Primero.-</u> Objeto del pleito. Posiciones de las partes y argumentos esgrimidos.

, ejercita dos acciones frente a la entidad

bancaria.

En primer lugar, una acción individual de nulidad a fin de obtener la declaración judicial de nulidad de las cláusulas siguientes: la de referencia del crédito hipotecario al tipo de interés variable denominado IRPH Cajas de Ahorro y su sustitutivo CECA, la conocida como cláusula suelo, el interés de demora del 12,50 % anual con posibilidad de alcanzar un máximo de un 20% anual y la cláusula de vencimiento anticipado ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas en las estipulaciones primera y segunda de la escritura y ante la demora en el pago de cualesquiera de los plazos de amortización, de los intereses, de las primas de seguro, o de las contribuciones e impuestos que graven la finca; todas ellas, contenidas en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 14 de diciembre de 2000, así como en el contrato de novación modificativa y ampliación de hipoteca de fecha 27 de marzo de 2003.

Y en segundo término, ejercitan una acción de reclamación de cantidad a fin de obtener el reintegro de las cantidades cobradas de más por la entidad bancaria a los demandantes en aplicación de dichas cláusulas hasta la fecha de la presente demanda, así como las pagadas con posterioridad y hasta la eliminación de dichas cláusulas, más los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro hasta su completo pago.

Todo ello, con imposición de las costas a la parte demandada.

2.- Por su parte, BMN, opone como motivos de oposición a la demanda, en resumidas cuentas, los siguientes:

Primero: en cuanto a la cláusula relativa al índice IRPH y CECA, se sostiene que se trata de una ratificación de una cláusula ya pactada anteriormente en la escritura de préstamo del año 2000, novada en el año 2003 y, por tanto, no puede ser abusiva al ratificar una cláusula anterior de la que no se predica su abusividad y en caso de serlo, se debería seguir aplicando el interés variable del préstamo del año 2000.

Asimismo, se mantiene que el tipo IRPH se trata de un tipo ratificado e impuesto por ley y que a la fecha de novación del préstamo en 2003 no se encontraba vigente la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 y ello supone que no pueda aplicarse la misma retroactivamente, que no sea posible el control de abusividad de una cláusula que defina el objeto principal del contrato o que reproduzca o esté amparada por una norma nacional y finalmente que dicha cláusula no constituye ninguna condición general de la contratación, no ha existido ninguna situación de desequilibrio para las partes ni contravención de la buena fe.

Del mismo modo, mantiene que se ha cumplido con los filtros de transparencia que establecen los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC).

Y finalmente que los efectos de nulidad del tipo de interés variable suponen que los demandantes deban restituir el importe del préstamo íntegro con el pago de los intereses legales.

Segundo: en cuanto a la cláusula suelo, sostiene que la misma fue negociada individualmente con los actores y que, aún si no lo hubiera sido, no es abusiva, pues ello no puede ser valorado por el Juzgador al ser definidora del objeto principal del contrato y, en su caso, no contravendría la buena fe, no introduciría un desequilibrio importante de derechos y obligaciones de las partes, no constituiría una condición general de la contratación y se cumplió con el filtro de transparencia de los arts. 5 y 7 LCGC.

Tercero: el tipo de interés de demora no es excesivo, dicho interés no puede considerarse leonino ni usurario, el anatocismo está permitido en nuestro Derecho y, en caso de nulidad, deberá devengarse el tipo ordinario hasta la devolución del préstamo.

Y cuarto: la cláusula de vencimiento anticipado por impago de alguna cuota se encontraba reconocida legalmente en el momento de concesión del crédito, la jurisprudencia tiene declarado que no puede ser considerada abusiva una cláusula que reproduzca o esté amparada por una norma legal y, en todo caso, la cláusula pasa los criterios fijados por la sentencia Aziz, la ley prevé mecanismos de subsanación al deudor antes de declararse la nulidad y subsidiariamente, la nulidad debe circunscribirse únicamente a la posibilidad de dar por vencido el préstamo por impago de una cuota y no de lleve conllevar la nulidad íntegra de la cláusula.

Así las cosas, nos corresponde pronunciarnos sobre las cuestiones controvertidas.

Segundo. Doctrina y jurisprudencia aplicables sobre condiciones generales de la contratación y cláusula IRPH.

En efecto, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pasando por la más próxima Audiencia Provincial de Barcelona, han tenido oportunidad de pronunciarse sobre las cuestiones planteadas en este litigio.

En este sentido, conviene traer a colación lo recogido en la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 25 de mayo de 2017, la cual refiere lo siguiente:

"Como ya ha dicho este Tribunal en anteriores ocasiones, (SAP 28.4.2016, 24.11.2016, 20.12.2016, entre otras) estamos ante un índice regulado inicialmente por la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en cuyo artículo 6 (vigente en el momento en que se concertó el préstamo) se establece que "en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia en virtud de acuerdos o de prácticas conscientemente paralelas".

- 9. La Orden Ministerial de 29 de abril de 2012, que sustituyó a la anterior, cuyo artículo 26 también exige que los índices o tipos de referencia "se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades", exigencia que se reitera en la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que también contempla idéntica exigencia (norma 7ª, párrafo 5º).
- 10. El IRPH se conforma a partir de la información proporcionada por el conjunto de las Cajas de Ahorro, por lo que una de ellas, por sí sola, no tiene capacidad para determinar el tipo de referencia. Tampoco consta la existencia de algún tipo de práctica o actuación concertada entre entidades que puedan o hayan podido incidir en la fijación actividades sujetas al control y supervisión del Banco de España.
- 11. En virtud de la disposición adicional segunda de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 se estableció que " el Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente", y en desarrollo de tal norma la Circular 5/1994, de 22 de julio, definió los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable contemplando seis tipos de referencia oficiales del mercado

hipotecario, y en concreto se refiere el " tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro", comúnmente conocido como el IRPH Cajas, que es el pactado en este caso.

12. Es definido como "la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda".

13. Finalmente, debe tenerse en cuenta la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores, que al contemplar la desaparición de determinados tipos de referencia establece que "en defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo. La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación

automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita".

14. En definitiva, el IRPH de las Cajas se ha venido determinando bajo el control y la supervisión del Banco de España, a través de un proceso riguroso y objetivo. Se conformaba, hasta su desaparición, a partir de la información ponderada que suministraban al Banco de España decenas de entidades, por lo que no podemos aceptar que una sola de ellas fuera determinante en su fijación.

15. La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015, que analizó la nulidad de una cláusula que fijaba el interés remuneratorio por la forma que se determinaba el tipo de interés, descartó la unilateralidad en la fijación del índice de referencia con el siguiente argumento: "Esta Sala no puede aceptar que la revisión del tipo de interés se efectuase unilateralmente (art. 1256 del C. Civil) por la prestamista, pues el tipo estaba referenciado al índice del Mercado Hipotecario publicado por la Dirección General del Tesoro, como interés medio de los concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española, no constando que los tipos suministrados por LA CAIXA provocasen un alza artificial de los mismos".

16. Tampoco nos consta, como hemos adelantado, que las Cajas de Ahorro hayan actuado de forma concertada o que el índice de referencia haya sido objeto de manipulación".

Sentado lo anterior, hemos de descartar, en el presente pleito, que la aplicación del índice IRPH constituya una vulneración de la normativa bancaria aplicable al caso y asimismo que se trate de un índice que no goce de objetividad o que haya quedado al arbitrio de la entidad bancaria.

En la misma línea, la citada resolución continúa diciendo lo siguiente:

"CUARTO. La cláusula IRPH, condición general de la contratación.

18. En cuanto a la nulidad de la cláusula por falta de transparencia, que la demandante justifica de acuerdo con los criterios sentados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la demandada sostiene que la cláusula reguladora del tipo de interés aplicable al préstamo hipotecario constituye un elemento esencial del contrato, objeto de negociación y, en consecuencia, que no es una condición general de la contratación sujeta al control de abusividad.

El artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 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".

- 19. De dicha sentencia se deduce que las condiciones generales de la contratación deben 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.
- 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."
- 20. En consecuencia, una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal del contrato y, de hecho, para el empresario

probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este (apartado 142).

Lo relevante para que una cláusula sea considerada condición general de la contratación es el proceso seguido para su inclusión en el contrato. El apartado 165 de la referida sentencia del TS establece las siguientes consideraciones sobre la carga de la prueba de la negociación de las cláusulas predispuestas:

- "a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.
- b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.
- c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.
- d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

Trasladando la presente doctrina al caso que nos ocupa, es evidente que nos encontramos ante una cláusula (la del índice IRPH) que no consta que se hubiera negociado individualmente con los demandantes, por mucho que lo pretenda hacer creer la demandada.

En efecto, ni una sola prueba aporta la demandada que permita constatar que se negoció con los demandantes la inserción de tal cláusula (basta una mera lectura de la oferta vinculante para comprobar que los actores con sus limitados conocimientos financieros no pudieron alcanzar a comprender la realidad y los riesgos que entrañaba la aplicación de dicho índice de referencia); asimismo, la testigo, Sra. Ramírez Barrionuevo, empleada de banca desde 1996 hasta la actualidad, ni siquiera recuerda la operación concreta ("sé la operativa en general, se explicaba lo que ponía en la minuta, no recuerdo haber hecho simulaciones, no sé si es el caso de ellos, no me acuerdo de ellos..." -nos dijo en la vista) y el segundo testigo propuesto por la entidad no ha comparecido a corroborar la versión de su compañera de trabajo ni tampoco la documental que obra en las actuaciones hacen alcanzar tal conclusión, máxime cuando la contraponemos con las contundentes declaraciones de los actores ("dijeron que era un tipo de interés muy estable, mejor que el Euribor, que ahora estaba más alto, pero a la larga estaría por debajo de él y saldríamos beneficiados..." "vas allí, te enseñan todos los documentos y firmas allí, me da vergüenza decirlo, pero hoy no lo haría..." "nos dijeron que era un índice muy estable, que no nos daría problemas"... "el notario estaba en la entidad y mientras firmábamos entraba un empleado del banco que decía que estos papeles que traía tenían que haberse firmado antes..."-afirmaron en la vista).

En este sentido, hemos de concluir que, sin duda, nos hallamos ante una condición general de la contratación, predispuesta por la entidad bancaria para su inclusión en multitud de contratos, sin que los demandantes hayan podido influir en su contenido (arts. 1 y siguientes de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, en adelante, LCGC).

En relación a otra de las cuestiones controvertidas en el presente pleito, continúa señalando la resolución citada lo siguiente:

"QUINTO. Alcance del control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato.

22. En cuanto a la posibilidad de analizar el carácter abusivo de una cláusula que define el objeto principal o un elemento esencial del contrato, hemos de tener presente que el art. 4.2º de la Directiva 93/13 CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados entre consumidores, establece que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 23 de diciembre de 2015 delimitan el tipo de control que puede llevarse a cabo en orden al carácter abusivo de ese tipo de cláusulas. La

primera de las sentencias citadas, cuya doctrina se reitera en las posteriores, dijo al respecto lo siguiente:

"2.2. El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato

191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", y el artículo 4.2 que "[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]".

193. **Pero**, como sostiene **la STJUE de 3 de junio de 2010**, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, **C-484/08**, apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que

pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección", y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE", 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE , apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración".

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006;663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato-a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio."

Así las cosas, la doctrina del Tribunal Supremo posibilita entrar a valorar la abusividad de las cláusulas contractuales que constituyan condiciones generales de la contratación, aun cuando éstas se refieran al objeto principal del contrato o a la causa del mismo, como sostiene BMN que ocurre con el índice de referencia IRPH que nos ocupa.

Y siguiendo la misma línea dice la citada resolución lo siguiente:

"SEXTO. El doble control de transparencia de las condiciones generales que definen el objeto principal del contrato.

23. Por tanto, que una condición general defina el objeto principal del contrato implica que no puede examinarse el carácter abusivo de su contenido y el equilibrio de las contraprestaciones, lo que no excluye que se someta a un doble control de transparencia.

En términos generales, el Tribunal Supremo recuerda que el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, pueden ser objeto de control por la vía de incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la LGCGC -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" - y 7 de la citada Ley - "no 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". Este primer control, como señala la sentencia de 23 de diciembre de 2015, atiende a una mera transparencia documental o gramatical de la cláusula.

24. Junto a ese primer control, el Tribunal Supremo añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, que incluye el control "de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato", que se deduce de lo dispuesto en el artículo 80.1 del TRLGDCU,

por el que los "contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberá 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".

25. Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo (STJUE 30 de abril de 2014, apartado 73, y STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11, apartado 49).

26. En consecuencia, la exigencia de transparencia, tal y como ha sido entendida por el TJUE y por nuestro TS, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, y debe centrarse, además de en el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las mismas y en los nexos que puedan tener con otras del contrato.

27. Como se afirma en el voto particular que acompaña a la STS de 8 de septiembre de 2014, resumiendo con claridad la doctrina del TS sobre el particular, el control de transparencia supone a la postre la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario a partir de la información que aquel le proporcionó.

Y continúa esta resolución con lo siguiente:

"SÉPTIMO. El control de transparencia en la cláusula IRPH.

28. Entramos a analizar, por tanto, el doble control de transparencia en los términos señalados por el Tribunal Supremo. En cuanto al primer control de incorporación, no se discute que la cláusula es clara en su redacción y comprensible. Identifica el tipo de interés de referencia empleando los mismos términos que el anexo VIII de la circular 5/1994, del Banco de España, que lo regula. La cláusula viene precedida de la que determina el diferencial (0,25% de margen constante), y una y otra se encuentran dentro del pacto que determina el interés aplicable una vez transcurrida la primera fase de interés fijo.

29. La parte actora, en definitiva, sostiene que la cláusula no supera el segundo control de transparencia, que la demanda vincula con la falta de información sobre el sistema de cálculo del índice de referencia y con la

imposibilidad real que tuvo de conocer de manera completa las características de la condición general y de percibir que se trataba de una cláusula que definía el objeto principal del contrato. Esa pretensión la sostiene con referencias constantes a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo, lo que nos obliga a realizar una consideración previa que estimamos relevante y que guarda relación con la esencialidad de la cláusula IRPH de las Cajas, en la medida que determina directamente el interés aplicable (el precio), nota que no concurre en las cláusulas que establecen límites a la variación de los tipos de interés. De ahí que la demandante, con su pretensión de nulidad de la cláusula, persiga convertir un préstamo remunerado en otro sin intereses, con la consiguiente restitución de todo lo abonado por tal concepto.

30. Es cierto que las llamadas cláusulas suelo forman parte inescindible del precio y, en ese sentido, contribuyen a definir el objeto principal del contrato. Sin embargo no determinan directamente el precio ni tienen ese carácter nuclear que sólo cabe predicar del índice de referencia (en este caso el IRPH de las Cajas) y del diferencial (el 0,25%). La cláusula suelo no es esencial en tanto en cuanto puede incorporarse o no al contrato y, en consecuencia, puede ser conocida o no por el consumidor en el momento de suscribir el préstamo. Si la cláusula suelo puede no figurar en el contrato, es preciso un plus de información por parte de la entidad de crédito que alerte al consumidor de su presencia y de su incidencia real en la determinación del precio.

31. Lo que antecede es muy relevante en el control de transparencia, que presenta perfiles propios según se trate de una cláusula, como la que analizamos, que fija el precio, de otras, como las que establecen límites a la variabilidad de los tipos de interés, que pueden incidir en el precio, modificándolo, pero que no son indispensables. No se puede hacer una extrapolación, sin más, de los criterios jurisprudenciales en torno a la cláusula suelo fijados a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013. En concreto hemos de prescindir en nuestro análisis de todos aquellos hechos y circunstancias que propician que la cláusula pase inadvertida para el consumidor o que este no llegue a comprender su verdadero alcance. Entre ellas podemos citar la ubicación de la cláusula en el contrato, su mayor o menor proximidad a los elementos determinantes del precio, el que se anteponga a la cláusula suelo otros pactos de menor trascendencia o que se enmascare entre multitud de datos y previsiones contractuales.

32. La doctrina se hace eco de esa distinción, dentro de las cláusulas que definen el objeto principal del pleito, entre elementos esenciales y otros que no lo son. También la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 alude a la misma al señalar en su fundamento 188 lo siguiente:

"En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom)-, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal

del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio".

- 33. Precisamente por ese carácter esencial de la cláusula IRPH, estimamos que el consumidor se percata de su importancia, así como de la carga económica y jurídica que representa, llegando a conocer sin dificultad que esa cláusula es el elemento definitorio del objeto principal del contrato. No consideramos, por el contrario, que el deber de transparencia reforzada en contratos con consumidores exija que se le ofrezca información sobre cómo se determina el índice de referencia. El proceso de elaboración del IRPH de las Cajas, que está bajo la supervisión del Banco de España, no reviste mayor complejidad que el de otros índices de referencia que se utilizan en los préstamos hipotecarios.
- 34. En este contexto, tampoco podemos presumir que un consumidor mínimamente formado desconozca el índice al que está referenciado su préstamo hipotecario a interés variable o que el índice de referencia se haya incorporado al contrato de forma sorpresiva, como sí haríamos con otras cláusulas que no son esenciales. Se trataría de una presunción judicial que no respondería a ninguna lógica jurídica.
- 35. No podemos aceptar, como sostiene la demandante, que el control de transparencia sólo se supere si se acredita que se ofreció a los consumidores la opción de contratar otros índices de referencia, como el Euribor, que el tiempo ha demostrado que ha tenido una evolución más favorable para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios

se elaboran por el Banco de España y se publican con carácter mensual en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí.

36. De la prueba practicada en la vista, debemos concluir, como hace la Juez a quo, que la actora era conocedora al tiempo de suscribir el contrato que su hipoteca iba a girar sobre el índice IRPH Cajas.

37. El testigo Juan Pedro (empleado de la entidad demandada y que depuso a instancia de la propia actora) manifestó que explicó expresamente a la actora en qué consistía el IRPH y la referencia Ceca; que le dijo que el IRPH era un índice estable; que enseñó a la actora, antes de suscribir el préstamo, los gráficos comparativos de los diversos tipos de interés que ellos ofrecían, en concreto, de Euribor y de IRPH; que daban la opción de firmar la hipoteca con referencia al Euribor y al IRPH y que la actora junto con su padre, que le asesoró en todo momento, visitaron más entidades bancarias antes de decirse por suscribir el préstamo litigioso.

38. La actora, además, suscribió un contrato de swap para protegerse de las subidas de interés que pudiera experimentar su préstamo hipotecario. El citado testigo reconoce que fue el único contrato de swap que realizó en la oficina y que fue a instancia de la propia actora. El testigo Bartolomé (empleado de la entidad con quien se celebraron los acuerdos de 29 de septiembre de 2009 y de 29 de abril de 2010) indicó que la actora solicitó el swap porque tenía miedo de no poder hacerse cargo del préstamo por el tipo

de interés ante una subida brusca de dichos tipos, ya que lo suscribía ella sola. Esto supone, como indica la sentencia de instancia, que la actora era plenamente consciente de las condiciones que estaba suscribiendo puesto que llevó a cabo una operación nada habitual en el tipo de préstamo que firmaba.

39. No podemos compartir la alegación de la recurrente consistente en que la prueba testifical por si sola es insuficiente para tener por acreditado la correcta información de la actora, siendo necesario que se hubiera solicitado el interrogatorio de la actora. El propio TS tiene consagrado que la fuerza probatoria del interrogatorio no es superior a la de los demás medios de prueba y debe apreciarse en combinación con ellas (ex STS 18 de junio de 2010, entre otras).

40. Por todo ello, debemos rechazar la nulidad de la cláusula IRPH por falta de transparencia, confirmando la desestimación de la acción de nulidad de la cláusula IRPH".

Sentado lo anterior y en aplicación de la doctrina descrita *a sensu contrario*, es menester declarar la nulidad de la cláusula IRPH por falta de transparencia.

En efecto, a diferencia del caso resuelto por la Audiencia Provincial, en éste no existe ningún elemento probatorio que permita concluir que los demandantes gozaron de un conocimiento adecuado sobre la trascendencia económica del índice de referencia suscrito, antes bien al contrario.

El Sr. , quien se encargó principalmente de acudir a la entidad bancaria, nos dijo que no tuvo lugar más que una reunión, que fue a Caja Granada porque le llevó allí el promotor, que no le entregaron ninguna documentación informativa ni borrador de la escritura de préstamo, que no se hicieron simulaciones, que carece de estudios superiores (véase igualmente su vida laboral) e incluso reconoce desconocer por aquél entonces el significado del término "diferencial".

Finalmente, tan sólo reconoce que le informaron de que su interés era variable y que no le plantearon ningún otro índice de referencia diferente que el IRPH.

Todas estas circunstancias, unidas a que el banco no haya presentado ningún elemento de prueba (más allá de la insuficiente documental negada de adverso y de la testifical de la empleada, quien no recuerda la operación en concreto) que permita dudar de la veracidad de la versión de los hechos ofrecida por los denunciantes, hacen concluir que no se cumplió con el deber de transparencia que pesaba sobre la entidad bancaria a la hora de concertar un préstamo hipotecario con un consumidor y, en consecuencia, procede declarar la nulidad de la cláusula del interés IRPH con las consecuencias que más adelante se dirán (art. 217 LEC).

Finalmente, los argumentos de la demandada no pueden atenderse, toda vez que el mero hecho de ratificar la cláusula en la novación en nada empaña la falta de trasparencia, antes bien al contrario, demuestra que el banco actuó y

situó en situación de oscuridad a los consumidores tanto en la escritura de préstamo del año 2000 como en la novación posterior.

Asimismo, el hecho de que el tipo IRPH se trate de un tipo ratificado e impuesto por ley y que a la fecha de novación del préstamo en 2003 no se encontrase vigente la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 y que la misma no pueda aplicarse retroactivamente, nada impide, al amparo de la jurisprudencia del TJUE, declarar su nulidad en aras de la protección de los consumidores y usuarios, máxime cuando la aplicación de la la citada LCGC, vigente por aquel entonces y el art. 51 de la Constitución española conducen a la misma conclusión.

Resuelto ya el hecho de que el órgano judicial se encuentra habilitado para efectuar un control de abusividad de incluso una cláusula que defina el objeto principal del contrato o que reproduzca o esté amparada por una norma nacional y sentado que dicha cláusula constituye una condición general de la contratación, la cual ha introducido una situación de desequilibrio para las partes, en contravención de la buena fe, procede rechazar igualmente estos argumentos de la demandada.

En suma, procede declarar la nulidad de la mencionada por abusividad y falta de transparencia.

Tercero.- Cláusula suelo.

En relación a esta materia y con carácter preliminar, conviene hacer algunas consideraciones de carácter general en torno a la acción ejercitada, que tiene por objeto la nulidad de dicha cláusula, incorporada a un contrato con consumidores, por su posible carácter abusivo.

Pues bien, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores considerando, entre otras cosas, que los adquirientes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos, que puede obtenerse una protección más eficaz del consumidor mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas en el ámbito del mercado común, sin perjuicio de la posibilidad de los Estados miembros, dentro del respeto de a los Tratados constitutivos, de garantizar una protección más elevada al consumidor-introduce el concepto de cláusulas abusivas en su art. 3, como aquellas "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".

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias -en adelante, TRLCU-, en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución, y asumiendo las funciones de ley nacional de transposición de la Directiva mencionada, prácticamente reproduce el concepto de cláusulas abusivas de la misma en su art. 82.1: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

De este modo, el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada hayan sido objeto de negociación individual no excluye el control de abusividad del resto del contrato, siendo el empresario quien corre con el *onus probandi* de que una determinada cláusula ha sido debidamente negociada (art. 82.2 TRLCU).

Asimismo, añade el apartado 4 de dicho precepto legal que "En todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) limiten los derechos del consumidor y usuario; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e)

resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o e) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable". El art. 83, en la parte que persiste tras la modificación efectuada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, establece las consecuencias: "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas".

Al objeto de determinar las pautas necesarias para verificar si la introducción de una cláusula comporta un "desequilibrio importante" para las partes del contrato en perjuicio del consumidor, interesa reproducir la STJUE de 16 de enero de 2014, recaída en el asunto C-226/12, en sus considerandos 20 a 24:

"20. [...] el Tribunal de Justicia ha de limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (véase la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, apartado 66 y la jurisprudencia citada).

21. A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en

ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68).

- 22. Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descanse en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro.
- 23. Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.
- 24. En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas

las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional" (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 71)".

En otro orden de cosas, debe tenerse presente, de conformidad con el art.

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

Por tanto, se establece una exclusión del control de contenido respecto de tales cláusulas, que, según la Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai), son aquellas que regulan prestaciones esenciales del contrato y que como tales lo caracterizan, en contraposición a las cláusulas accesorias que no definen la esencia misma de la relación contractual. La razón de tal exclusión estriba, como ha señalado el TJUE en sus Sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C- 26/13 y de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 en la ausencia de baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y

orientar el control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio.

Ahora bien, ello no es obstáculo para que dichas cláusulas no se sometan al llamado control de transparencia, control que, tal y como ha sido configurado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, las Sentencias de 9 de mayo de 2013, 24 y 25 de marzo de 2015, 22 de diciembre de 2015), supone la superación de un doble filtro:

- a) un primer control de incorporación dirigido a garantizar que el adherente ha conocido -o al menos ha podido conocer- que el contrato contiene la cláusula cuestionada; control que atiende a la transparencia documental y gramatical de la cláusula.
- b) un segundo control de transparencia reforzado, dirigido a garantizar que, al tiempo de celebrarse el contrato, el cliente conocía las consecuencias económicas que conlleva la inclusión de dicha cláusula en el contrato y que el mismo se encontraba en condiciones de comparar y elegir entre distintas alternativas de préstamo hipotecario que incluyeran -o no- la cláusula en cuestión.

En este sentido, la mentada Sentencia de 23 de diciembre de 2015 expresa que la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la

carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que, más allá de la mera exigencia de claridad en la redacción de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

Con el fin de aclarar el concepto de las "cláusulas suelo" -como la del caso de autos-, cabe reseñar que los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables. En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el EURIBOR a un año, aunque en el presente caso es el IRPH-CECA), y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia. Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza -las denominadas "cláusulas techo"- y a la baja -las llamadas "cláusulas suelo"-, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario.

Con relación a estas últimas, las fórmulas utilizadas varían pero conducen a idéntico resultado, de tal forma, que en unas ocasiones se fija

directamente el tipo de interés mínimo y en otras, se fija el tipo mínimo del interés de referencia. Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario.

La licitud de este tipo de cláusulas es admitida por la doctrina y la jurisprudencia (resultando paradigmática la STS de 9 de mayo de 2013). Es más, el legislador español ha admitido la legalidad intrínseca de las cláusulas de limitación de los tipos de interés variable.

En efecto, la posibilidad de incluir acotaciones a la variación de los tipos de interés se recoge expresamente en la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (derogada por la de 29 de octubre de 2011), dirigida a garantizar las obligaciones de transparencia y la difusión de la información relevante que el cliente debe ponderar antes de la contratación de préstamos hipotecarios que incluyan las mencionadas cláusulas.

A su vez, el Informe del Banco de España "sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios" publicado en el BOCG de 7 de mayo de 2010 (del cual se hace eco la STS de 9 de mayo de 2013), las califica como cláusulas ventajosas tanto para la entidad bancaria como para el cliente.

En particular, dicho Informe señala que la causa básica del establecimiento de este tipo de cláusulas es mantener un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones, costes que, según el mismo informe, estarían integrados por: a) el coste del dinero, que en el caso de nuestras entidades está constituido mayoritariamente por recursos minoristas, y, b) los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos.

Asimismo, el Informe concluye que estas cláusulas son positivas desde el punto de vista del coste medio para los clientes bancarios del crédito hipotecario a lo largo de la vida del contrato, de la estabilidad del sistema financiero y de la accesibilidad a largo plazo de la población al mercado de la vivienda. Su eventual supresión podría conllevar o bien el descenso del volumen de crédito hipotecario disponible, o bien el aumento del coste del crédito y la reducción del plazo de las operaciones. Por todo ello concluye que estas cláusulas son admisibles como un elemento de estabilización de los costes (desde el punto de vista del cliente) y de los rendimientos (desde la perspectiva de la entidad) de los préstamos a largo plazo.

En cualquier caso, de cara al control de su posible abusividad, ha de tenerse en cuenta que, según la jurisprudencia, las "cláusulas suelo" se han considerado como cláusulas que afectan al objeto esencial del contrato.

En efecto, si se examina el contrato de préstamo hipotecario desde la perspectiva del prestatario se observa que corren a su cargo dos obligaciones o prestaciones esenciales: la restitución del capital prestado y el pago de los intereses pactados, intereses que constituyen el precio del dinero que se presta. Puesto que las "cláusulas suelo" acotan o limitan los intereses que ha de abonar el prestatario, cabe concluir que forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario por su préstamo hipotecario (en este sentido, la STS de 9 de mayo de 2013 que se viene citando). Ello tiene la importante consecuencia de que, para considerar abusiva una cláusula de estas características, es imprescindible constatar, conforme a lo expuesto en el fundamento anterior, que no supere el llamado control de transparencia -con los dos test que a su vez abarca, el control de inclusión y el control de transparencia reforzado-

Cabe poner de manifiesto que presupuesto ineludible para examinar el carácter abusivo de una "cláusula suelo" es que la misma debe insertarse en un contrato celebrado con consumidores y, que, a su vez, no haya sido objeto de negociación, tal y como determina el art. 82.1 TRLCU, cuando exige que la cláusula en cuestión no haya sido objeto de negociación individual.

En efecto, debe tenerse presente que si la voluntad del consumidor ha influido de alguna manera en la contratación o en la fijación de la cláusula, pues no puede considerarse abusivo aquello que el consumidor podía haber configurado de otra manera.

En cuanto al requisito relativo a la condición de consumidor –pacífica en el caso que nos ocupa-, debe partirse de que el art. 3 TRLCU dispone que son consumidores o usuarios "las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión", así como "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".

Este concepto introduce un matiz teleológico –procedente de las Directivas europeas en materia de protección de los consumidores y contenido, en todo caso, en el art. 2 b) de la Directiva 93/13/CEE-; de este modo, para determinar si una persona ostentá la condición de consumidor o profesional se hace necesario determinar la finalidad del acto en cuestión –relacionado o no a la actividad comercial, empresarial o profesional-.

Lo anterior debe complementarse con la doctrina del TJUE, en interpretación del art. 2 b) la Directiva 93/13/CEE, según la cual el concepto de consumidor "tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga" (Sentencia de 3 de septiembre de 2015, recaída en el asunto Costea, C-110/14, apartado 21).

En lo que atañe al posible carácter negociado de la cláusula, se hace necesario determinar si la cláusula impugnada reúne los requisitos necesarios para ser considerada una condición general de la contratación, en el sentido de la Ley 7/1998, de 13 de abril (en adelante, LCGC).

De conformidad con el art. 1 LCGC se entiende por condiciones generales de contratación las cláusulas predispuestas redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, 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.

Del precepto se desprende que la condición general de la contratación se caracteriza por las siguientes notas fundamentales: a) la predisposición o preredacción de la cláusula con anterioridad a la fase de negociación y celebración del contrato con la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos y; b) imposición, pues la incorporación de las condiciones generales al contrato se produce por iniciativa exclusiva del predisponente frente a la que el adherente sólo puede optar por tomarlas o dejarlas, es decir, por contratar sometiéndose a las condiciones generales preestablecidas o renunciar al contrato.

El requisito de la predisposición es consecuencia del hecho de que este tipo de cláusulas se redactan para ser utilizadas en una pluralidad de contratos que se celebren por la misma entidad bancaria -es el caso de las "cláusulas suelo"-, lo que exige que las tenga "preparadas" antes de ofrecérselas a sus futuros clientes.

Por ello, no cumplirán con el requisito de la pre-redacción las cláusulas redactadas *ad hoc* para ser incorporadas a un único contrato.

En cuanto a la imposición, señala la doctrina que las cláusulas preredactadas son, con carácter general, impuestas, pues cuando un empresario las utiliza, crea la apariencia de que sólo está dispuesto a contratar sobre la base de las mismas y, en consecuencia, puede inducir al cliente a pensar que el empresario no está dispuesto a negociarlas.

En el caso particular de las "cláusulas suelo", según la STS de 9 de mayo de 2013, la pre-redacción permite tener por acreditada la ausencia de negociación, puesto que sería inútil predisponer las cláusulas para después poder negociarlas de forma individualizada.

Asimismo, el F.D. 7º de la mencionada Sentencia señala que 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. A ello se une que, según el ya citado Informe del Banco de España de 7 de mayo de 2010, la aplicación o no de "cláusulas suelo" obedece a decisiones individuales de cada

entidad, tratándose, en general, de una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones.

Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas, se adopta, como política comercial de carácter general, por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una.

De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente.

En definitiva, según el Informe del Banco de España, las cláusulas suelo no son cláusulas negociadas, sino impuestas por la entidad bancaria.

En el caso que nos ocupa, la prueba practicada (interrogatorio de los demandantes y de la empleada del banco, así como la documental acompañada,) no permite alcanzar una conclusión distinta de la anticipada, esto

es, que la cláusula suelo incorporada al contrato tiene la consideración de cláusula no negociada o de condición general.

Concluido el carácter de condición general de la cláusula impugnada y al resultar pertinente el examen de su posible carácter abusivo: se ha de verificar, en primer lugar y, como se ha dicho, el control de incorporación o inclusión de la cláusula.

Ya se ha adelantado que, según entiende el Tribunal Supremo, el control de incorporación persigue controlar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente para garantizar que el mismo ha conocido o podido conocer suficientemente que el contrato está regulado por condiciones generales y cuáles son éstas.

Como su propia denominación indica, el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si ésta ha quedado válidamente incorporada al contrato.

Con carácter general, la superación del control de incorporación exige lo siguiente:

1°) que el consumidor haya tenido oportunidad real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración del contrato, entendiéndose que el consumidor tiene oportunidad de conocer cuando con arreglo al artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, se avisa expresamente al adherente y se le facilita un ejemplar de las mismas, bastando que el consumidor haya estado en condiciones de conocer las condiciones generales, de forma que resulta irrelevante si posteriormente ha conocido o no;

2°) que las condiciones generales sean comprensibles, es decir, que su redacción se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

En el caso concreto de las cláusulas suelo se ha de tener en cuenta que, con la finalidad de asegurar la máxima transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios, nuestro Derecho cuenta con una normativa específica: la ya derogada Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios −aplicable en un principio sólo a los préstamos de cuantía inferior a 150.000 €, sin perjuicio de lo previsto en el art. 48.2 de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 1988 en la redacción dada por la Ley 41/2007, que extendió el ámbito de aplicación a los créditos o préstamos hipotecarios referidos a una vivienda, incluso cuando fueren de cuantía superior-.

Según la Exposición de Motivos de dicha Orden -hoy sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios-, la norma tiene como objetivo primordial garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, así como facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar.

Con esta finalidad, se impone a la entidad de crédito la obligación de entregar al prestatario una oferta vinculante, que de acuerdo con el art. 5 se formulará por escrito, y especificará las condiciones financieras del préstamo hipotecario (entre ellas el tipo de interés variable y, en su caso, las limitaciones del tipo de interés).

Asimismo, se establece que al aceptar la oferta el prestatario tiene derecho a examinar el proyecto de documento contractual en el despacho del notario autorizante.

Por último, el préstamo hipotecario se ha de formalizar en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (la citada Sentencia de 9 de mayo de 2013), el cumplimiento de los requisitos establecidos en la citada Orden Ministerial garantiza la observancia de los requisitos exigidos por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para la incorporación de las cláusulas suelo a los contratos de préstamo hipotecario.

En el caso de autos, del conjunto de la prueba practicada (documentos que acompañan a la demanda y a la contestación y la declaración de los demandantes y de la testigo) se considera acreditado que la cláusula impugnada no supera el control de incorporación o inclusión en el contrato.

No consta acreditado, si al tiempo del otorgamiento de la escritura pública, la parte actora disponía de información sobre la incorporación de condiciones generales en el contrato de préstamo hipotecario –entre ellas, la de una cláusula de limitación a la baja del tipo de interés remuneratorio-.

Lo anterior se corrobora con la dificultosa comprensibilidad de la cláusula, incorporada en la página 19 de 25 que tiene la escritura, que, a su vez, se remite a la escritura de préstamo originaria al tratarse de una novación; asimismo, dicha cláusula se introduce *ex novo* en la escritura de novación dentro de la cláusula tercera, denominada "intereses", con apenas tres frases en las que se especifica el tipo de interés ordinario mínimo, en el interior de una cláusula de aproximadamente 2 páginas, lo cual provoca que su comprensión

quede diluida y se pase por alto, máxime para unas personas como los demandantes, profanas al lenguaje jurídico y financiero.

Constatada la no superación del filtro de inclusión o incorporación, no está de más determinar, a mayor abundamiento, si la cláusula impugnada resiste el control de transparencia reforzado. Este filtro, como se ha venido diciendo, implica verificar si la cláusula garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte, así como si garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia; en otras palabras, la transparencia pretende asegurar que, más allá de la mera exigencia de claridad en la redacción de las cláusulas, el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

En esta línea, la STS de 23 de diciembre de 2015 señala en su F.D. 4º lo siguiente: "[...] 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. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticiamente una

alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo entre el precio y la prestación, es decir, tal como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación".

En el examen de la transparencia de las cláusulas suelo, el Tribunal Supremo parte de una premisa fundamental: tales cláusulas contradicen las legítimas expectativas del consumidor, puesto que se insertan en contratos que se ofertan como préstamos a interés variable y, sin embargo, de forma sorprendente para el consumidor, los convierten en préstamos a interés fijo mínimo, impidiendo al adherente beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (F.D. 13º de la STS de 9 de mayo de 2013).

El Alto Tribunal identifica la falta de transparencia con la sorpresa que supone para el adherente la inclusión de una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés en un préstamo a interés variable, sin que se le haya informado de ello en la fase de negociación contractual y, habiéndose dado a la misma un carácter secundario, a pesar de que, al tratarse de una cláusula que afecta de forma directa al precio, podría haber sido determinante a la hora de contratar.

La eliminación de ese efecto sorpresa no se logra con una redacción clara y comprensible de la cláusula, ni tampoco con el cumplimiento de los requisitos

formales previstos en la normativa administrativa, considerados por el Tribunal Supremo, como "extremadamente básicos" y que, en la práctica, se solventan con la entrega de la oferta vinculante y en la advertencia notarial de la inclusión de la cláusula en el momento de la firma del contrato, momento inadecuado para que el adherente se replantee su decisión de contratar. La insuficiencia de estos requisitos formales ha quedado evidenciada con la normativa posterior, la cual ha reforzado extraordinariamente el deber de transparencia.

En este sentido, la vigente Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, establece en su art. 25 que en el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.

Asimismo, la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, requiere la inclusión en el contrato, junto a la firma del cliente, de una expresión manuscrita en la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, en el caso de que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés.

Por último, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, exige la inclusión de los límites a la variabilidad del tipo de interés en la ficha europea de información normalizada (FEIN).

En definitiva, la inclusión de la cláusula de forma clara y comprensible y el cumplimiento de la normativa administrativa en materia de transparencia garantiza que el adherente esté en condiciones de conocer la incorporación al contrato de la cláusula, pero no que dicho consumidor esté perfectamente informado de la cláusula en el sentido de que pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que le supondrá dicha inclusión. Por ello, se hace necesario que la entidad bancaria haya destacado su inclusión de tal forma que al cliente no le haya podido pasar desapercibida.

En palabras del TS (Sentencia de 23 de diciembre de 2015), en estos casos se exige una "comunicación reforzada" o "deber de transparencia reforzado" (proporcional a la importancia de la cláusula), dirigido a asegurar que, al contratar el préstamo hipotecario, el adherente tiene un perfecto conocimiento no sólo de que se ha incluido una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés, sino que, además, dicha cláusula tiene un carácter principal ya que, en caso de aplicarse, el contrato que se le había ofertado -y se había contratado- a interés variable pasa a convertirse en un contrato a tipo fijo. El TS llega incluso a exigir que el consumidor esté

perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo (F.D. 15° de la STS de 9 de mayo de 2013).

Sentado lo anterior, el TS llega a la conclusión de que, en la totalidad de los casos sometidos a su consideración las entidades bancarias incumplieron ese deber reforzado de transparencia (sentencias de 9 de mayo de 2013, 24 de marzo de 2015, 29 de abril de 2015 y 23 de diciembre de 2015).

Como circunstancias reveladoras de falta de transparencia en la inclusión de la cláusula, la STS de 9 de mayo de 2013 enumera las siguientes:

- a) la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero;
- b) la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato;
- c) la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo;

- d) la ubicación de la cláusula entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor;
- e) la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual y
- f) la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Conforme a lo ya expuesto, en el caso que se viene enjuiciando se constata un claro déficit de transparencia en la cláusula impugnada, y ello en atención a las siguientes circunstancias:

1º) La ubicación de la cláusula en la escritura pública desmerece la importancia de su contenido, que constituye una excepción a la regla general, esto es, la fijación de un tipo de interés variable (en este caso, 4,75%) llamado a regir durante la mayor parte de la vida del préstamo (25 años a contar desde la novación): la estipulación cuestionada se menciona en una posición relativamente alejada de la fijación del interés variable —del que, como ya se ha dicho, constituye excepción— (a una página de distancia), después de haberse intercalado una serie de tecnicismos relativos a la definición del índice de referencia (IRPH) y de su sustitutivo.

2º) La cláusula cuestionada incorpora, junto al "suelo", un tope máximo o "techo" -del 14% anual-, que opera como contraprestación aparente, de aplicación difícilmente irrealizable a la vista de la evolución del índice de referencia.

Ello constituye "un factor de distorsión de la información" que se facilita al consumidor, en palabras del Tribunal Supremo, de las que se han hecho eco diversas Audiencias, entre otra, la Audiencia Provincial de Valladolid en sus Sentencias nº 42/2016 de 4 de febrero, así como en las de 5 y 20 de abril de 2016.

3º) No ha quedado acreditado que los actores, que ni siquiera han dispuesto de la más elemental información sobre la inclusión de condiciones generales, se hayan encontrado en condiciones óptimas de comprender la significación económica de la cláusula, lo que se podrían haber conseguido, a través de concretas advertencias del riesgo de bajada de los tipos de interés, simulaciones de los distintos escenarios o previsión de evolución de los tipos, al menos, en el corto o medio plazo.

Asimismo, la ausencia del testimonio del empleado de la sucursal, Sr. Díez Rodríguez y la falta de memoria de la otra empleada que declaró, no pueden perjudicar a la parte actora, de acuerdo con el principio de disponibilidad probatoria (art. 217 LEC); de modo que la parte demandada se

encontraba en condiciones de aportar documentación relativa a las simulaciones o cualquier otro indicio probatorio, más allá de la unida a la contestación de la demanda.

Concluida la no transparencia de la cláusula se debe declarar su carácter abusivo, de acuerdo con el art. 82 TRLCU y, en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 24 de marzo y de 23 de diciembre de 2015), toda vez que la falta de transparencia produce un desequilibrio en perjuicio del consumidor al privarle o dificultarle la comparación del coste de los créditos ofertados en el mercado por las distintas entidades bancarias, así como de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato y porque pueden inducir a error al consumidor en cuanto al precio del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional -en concreto, elegir una oferta cuyo diferencial es inferior pero que, por efecto de la cláusula suelo, en realidad lo es a un tipo superior que otra oferta del mercado a tipo variable puro con un diferencial superior, al aprovecharse de las bajadas en el tipo de referencia durante toda la vida del contrato-.

El carácter abusivo de la cláusula suelo comporta, a su vez, la nulidad, de acuerdo con el art. 83 TRLCU, de modo que la misma se tendrá por no puesta, en aquello que resulte perjudicial para el consumidor, atendido el concepto mismo de cláusula abusiva.

En efecto, lo que procede con carácter general es la inaplicación de la cláusula, prescindiendo de su contenido en la ejecución del contrato, con independencia de que se haya solicitado así o no por el consumidor, según declara la STJUE de 14 de junio de 2012, as. Banesto c. Calderón, a cuyo tenor "si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (...) en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales".

Finalmente, el hecho de que los demandados se hubieran acogido a la rebaja de la cláusula suelo que el banco les ofreció, no significa que hubiera existido una negociación individual de la misma en igualdad de armas (art. 1255 CC) sino más bien lo contrario; en efecto, demuestra que el consumidor, parte débil en la contratación, asumió estoicamente el peor de los males ante la más que probable tesitura de tener que acudir a la siempre larga y costosa vía jurisdiccional para ver tutelados sus derechos.

En suma, rechazados íntegramente los argumentos de la demandada, procede declarar la cláusula suelo nula por abusiva al no cumplir los filtros de transparencia que establece el Tribunal Supremo, con los efectos que más adelante se dirán.

Cuarto.- Cláusula de interés de demora.

Que el Tribunal, ya no sólo a instancia de parte como en el presente supuesto acontece sino incluso de oficio, puede plantearse la abusividad de una cláusula contractual en un negocio jurídico celebrado entre un consumidor y un profesional, es una cuestión ya pacífica en la Jurisprudencia comunitaria (véase por todas, auto del TJUE de 11 de junio de 2015).

Siguiendo esta última resolución, sus considerandos 31 a 54 son especialmente reveladores cuando señalan que "31. Mediante las presentes cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el Juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a las normas nacionales en virtud de la cuales el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado, en determinadas circunstancias, a proceder a un nuevo cálculo de las cantidades que corresponda pagar en aplicación de la cláusula sobre intereses moratorios de un contrato de préstamo hipotecario.

32. A este respecto, es preciso comenzar señalando que el Juzgado remitente considera que la cláusula sobre intereses moratorios del contrato de préstamo hipotecario cuyo cumplimiento se exige ante él es «abusiva» en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13.

33 En este contexto, procede recordar que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, del tenor literal del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28).

34. En particular, la citada disposición no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir

plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 59, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 29).

35. Por otro lado, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 68, y Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 78, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30).

36. De hecho, 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 artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, 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 (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 79, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31).

37. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional 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 (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 73, y Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, aparado 32).

38. 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 artículo 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 la 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 representaran para éste una penalización (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 33).

39. Ahora bien, en el litigio principal, y sin perjuicio de las comprobaciones que a este respecto deba realizar el Juzgado remitente, la anulación de la cláusula contractual relativa a los intereses moratorios no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se inició el procedimiento de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos en dicha cláusula.

40. Una vez recordados estos principios, debe señalarse que del auto de remisión resulta que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 establece una limitación de los intereses de demora respecto de los préstamos o los créditos destinados a la adquisición de la vivienda habitual y garantizados mediante hipotecas constituidas sobre la vivienda en cuestión. De este modo, se prevé que en los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de dicha Ley —esto es, el 15 de mayo de 2013—, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, tal cantidad deberá ser recalculada aplicando un interés de demora calculado a partir de un tipo no superior a tres

veces el interés legal del dinero cuando el tipo de interés de demora fijado en el contrato de préstamo hipotecario exceda de ese límite.

41. Además, por un lado, el artículo 4, apartado 1, del Real Decreto-ley 6/2012 prevé, en los supuestos de contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria, un límite máximo para los intereses moratorios, en circunstancias particulares. Por otro lado, el artículo 1108 del Código Civil dispone que, si el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios consistirá, a falta de intereses convenidos, en el pago del interés legal del dinero.

42. Así pues, el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y del artículo 4, apartado 1, del Decreto-ley 6/2012 se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del artículo 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.

43. En este contexto, procede recordar que, con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza

de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración. De ello se desprende que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 37).

44. En este sentido ha de recordarse, igualmente, que cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las disposiciones del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 38).

45. Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente 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.

- 46. De las consideraciones expuestas se deduce que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 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 artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.
- 47. Mediante la tercera cuestión prejudicial, el Juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 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 mencionada cláusula.

48. A este respecto, el Juzgado remitente considera que la cláusula 6.ª bis del contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal, que prevé el vencimiento anticipado del préstamo en caso de retraso en el pago de las cuotas, constituye una cláusula abusiva. A tal efecto, el Juzgado remitente se basa en el hecho de que la citada estipulación contractual no prevé un número mínimo de plazos mensuales de retraso en el pago antes de que pueda declararse el vencimiento anticipado, siendo así que el artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un retraso mínimo de tres plazos mensuales.

49. Según resulta del apartado 35 del presente auto, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30).

50. Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una «cláusula abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica.

51. No obstante, debe recordarse que, en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, una cláusula se considerará abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato celebrado entre el consumidor y un profesional. Por otro lado, el artículo 4, apartado 1, de la misma Directiva precisa que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

52. De lo anterior se deduce, por un lado, que el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula.

53. Por otro lado, teniendo en cuenta que una cláusula de un contrato debe considerarse «abusiva» si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, incumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado, tal como figura en la cláusula 6.º bis del contrato sobre el que versa el litigio principal, produce efectivamente

un desequilibro de ese tipo. En este sentido, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto.

54. Por consiguiente, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 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".

Como bien establece la sentencia del TJUE aludida en su considerandos 53 y 54, la mera circunstancia de que la cláusula abusiva no haya llegado a aplicarse o se modere por el profesional no impedirá al Juez nacional declarar su abusividad cuando así proceda, como es el caso.

Sentado lo anterior, el interés de demora pactado entre las partes (12,50% anual con posibilidad de alcanzar un incremento hasta el 20% anual en función de la evolución del tipo de interés ordinario) es, a todas luces, abusivo, es desproporcionado notoriamente, introduce un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor y es contrario a las exigencias de la buena fe (art.7 CC y arts. 80 y siguientes LGDCU), máxime si tenemos presente que el interés ordinario pactado alcanza en un inicio el 6,928 % TAE y después un 4,75%; del mismo modo, aunque se

diera la circunstancia de que la entidad bancaria hubiera reducido su aplicación no empañaría su nulidad, como dijimos anteriormente y corrobora el TJUE.

En suma, procede declarar tal cláusula abusiva y, como tal, nula, así como expulsarla del contrato.

Quinto.- Cláusula de vencimiento anticipado.

En relación con esta cláusula, recordemos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene declarado en esta materia lo siguiente (ver por todas, STJUE de 26 de enero de 2017):

"66. Por lo que respecta, por otra parte, a la cláusula 6 bis del contrato controvertido, relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo

(véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 73) (...)

71. Por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del eventual carácter abusivo de una cláusula de esa índole, es preciso recordar que resulta de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véanse, en particular, las sentencias de 14 dejunio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65; de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, y de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28).

Asimismo, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores —los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales—, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como resulta de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un

profesional con los consumidores (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, <u>C-618/10</u>, <u>EU:C:2012:349</u>, apartado <u>68</u>, y de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, <u>C-482/13</u>, <u>C-484/13</u>, <u>C-485/13</u> y <u>C-487/13</u>, <u>EU:C:2015:21</u>, apartado <u>30</u>).

Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva— 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 (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13, no publicado, EU:C:2015:397, apartados 50 y 54).

En estas condiciones, tal como señaló el Abogado General en el punto 85 de sus conclusiones, la circunstancia de que, en este caso, el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693, apartado 2, de la LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar

de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales sexta y séptima que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional".

Sentado lo anterior, analicemos la cláusula de vencimiento anticipado que consta en la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes.

En primer lugar, no se puede pasar por alto que la cuantía del préstamo ascendió inicialmente a 71.520,44 euros (página 8 de la escritura) y posteriormente se incrementó hasta 131.520,44 euros (página 17 de la novación) a devolver en un período de 25 años a contar desde la novación mediante una cuota mensual calculada del modo que refleja la propia escritura originaria.

Y en segundo lugar, que la cláusula de vencimiento anticipado (páginas 19 y 20 de la escritura originaria) autoriza a la entidad bancaria a resolver el contrato en caso de que los demandantes incumpliesen cualquiera de las obligaciones contraídas en las estipulaciones primera y segunda y cuando incurran en la demora en el pago de cualquiera de una cuota de intereses o amortización o de la prima del seguro, una vez transcurridos treinta días a contar desde el vencimiento respectivo.

Así las cosas, la primera de las menciones, con su remisión, produce, sin lugar a dudas, una verdadera ambigüedad en su comprensión, máxime cuando nos encontramos ante una condición general de la contratación y, como adherentes, a unos consumidores y usuarios que carecen de conocimientos financieros o jurídicos.

En la misma línea, es cierto que la redacción vigente del art. 693 LEC en el momento del otorgamiento de la escritura y de la novación no encontraba obstáculo alguno para una cláusula como la de vencimiento anticipado que refleja la escritura, pero no es menos cierto, tal y como recoge la doctrina jurisprudencial del TJUE, que esta circunstancia no impide al juez nacional, en aplicación del Derecho de la Unión Europea, declarar nula por abusiva una cláusula como la presente, si considera que introduce un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato, en perjuicio del consumidor y contrario a la buena fe.

Pues bien, en el presente caso, la facultad otorgada a la entidad bancaria de dar por vencido el préstamo anticipadamente con el mero impago por parte de los demandantes, no ya del impago sino con la mera demora de una única cuota hipotecaria e incluso con la demora en el pago o el impago de los intereses, de la prima del seguro o de la contribución o impuesto que grave la finca, supone conceder al banco, a nuestro juicio, una potestad desorbitada, máxime si tenemos presente que, con la falta de pago de menos de 1.000 euros mensuales, el banco podría dar por vencido un préstamo de más de 131.000 euros y acudir a un proceso ejecutivo hipotecario.

A mayor abundamiento, la falta de aplicación de la cláusula en la práctica no exime al juez de su obligación de declarar su carácter abusivo, llegado el caso, como aquí ocurre, tal y como reconoce la sentencia del TJUE anteriormente citada.

En suma, por los motivos expuestos y con parejo rechazo de las causas de oposición aducidas por la demandada, procede declarar igualmente nula por abusiva la cláusula de vencimiento anticipado.

Sexto.- Efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas anteriores: tipo de interés IRPH, cláusula suelo, interés de demora y cláusula de vencimiento anticipado.

A modo de introducción, podemos decir que la nulidad apreciada, radical o absoluta, lleva de suyo la obligación de restitución de las

prestaciones recibidas en virtud de la obligación anulada, conforme al art. 1303 CC, a cuyo tenor "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 de marzo, de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, de modo que lo que se persigue es, conforme señala la STS 852/2008, de 24 de septiembre, que "las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante".

Pues bien, con relación a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula del tipo de interés IRPH, dicha cláusula determina el tipo de interés aplicable al préstamo, así como el modo de calcularlo, ni más ni menos y el simple préstamo civil, a pesar de lo que sostiene la demandada, de conformidad con el art. 1740 CC, puede ser gratuito o con pacto de pagar interés; en este sentido, hemos de concluir que la obligación de pagar interés constituye una obligación accesoria y no un elemento esencial del contrato (art. 1255, 1258, 1261 y 1740 y siguientes CC).

Así las cosas, el contrato puede perfectamente permanecer incólume en

su validez (consentimiento, objeto y causa existen *ex* art. 1261 y concordantes CC) sin la obligación de abonar interés alguno por el dinero tomado a préstamo en caso de que la cláusula de IRPH se declare nula por abusiva, como aquí ocurre.

En la misma línea y a pesar de lo que sostiene la demandada, nos encontramos ante un préstamo civil, ya que recordemos que el art. 311 del Código de Comercio califica como mercantil el préstamo cuando concurren dos circunstancias: que alguno de los contratantes fuera comerciante (aquí, sólo lo es el banco) y que las cosas prestadas se destinaran a actos de comercio (aquí, el préstamo fue utilizado para financiar la hipoteca de la vivienda habitual de los demandantes).

En el mismo sentido, los arts. 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación son proclives a la validez de los contratos frente a su nulidad cuando nos recuerdan que la nulidad de las cláusulas de un contrato que constituyan condiciones generales de la contratación no determinarán la ineficacia total del contrato, siempre que éste pueda subsistir sin tales cláusulas, como aquí acontece según lo expuesto anteriormente y dichos preceptos sólo exigen al juez que se pronuncie sobre este extremo en su sentencia y en ello estamos.

En suma, el contrato suscrito entre las partes va a subsistir sin la

obligación de la actora de abonar interés alguno por el dinero tomado a préstamo a raíz de la nulidad por abusiva de la cláusula del interés IRPH y ello a pesar de que la actora no lo ha interesado expresamente en la demanda sino que interesa que se referencie al tipo legal y sin incurrir por ello en ningún vicio de incongruencia *ultra* o *praeter petitum* ni conculcar el principio de justicia rogada (arts. 216 y 218 LEC) porque, como bien recuerda la jurisprudencia citada, los efectos de la nulidad se producen *ex lege* (art. 1303 CC y concordantes) y no necesitan ser interesados por las partes.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, hemos de decir que la obligación de restitución de la entidad bancaria procede sin ninguna limitación temporal, pese al criterio mantenido por el Tribunal Supremo, sostenido fundamentalmente en sus Sentencias de 9 de mayo de 2013 y de 25 marzo de 2015, por razones de seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves para el orden público económico, favorable a limitar los efectos retroactivos de la declaración de nulidad a la fecha de la publicación del antedicho fallo de 2013.

En efecto, dicho criterio debe entenderse ya desplazado por lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, atendida su condición de máximo intérprete del Derecho de la Unión (y, por ende, de la Directiva 93/13), en su recentísima Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C154/15, C307/15 y C308/15), según la cual el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE "debe interpretarse en el sentido de que se opone a una

jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo [...] de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Los apartados 70 a 74 de la mencionada Sentencia razonan la imposibilidad de un tribunal nacional de imponer una limitación temporal al efecto restitutorio aparejado a la nulidad de una cláusula abusiva:

"70. [P]rocede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13).

71. Así pues, <u>las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales</u>, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, <u>no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una</u>

cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores.

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

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

cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

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

La argumentación expuesta conduce a acordar, junto con la declaración de nulidad, el oportuno efecto restitutorio, que afecta al exceso de intereses ordinarios indebidamente cobrados por aplicación de la cláusula suelo que se declara nula, desde la celebración del contrato y hasta la efectiva supresión de la cláusula.

A mayor abundamiento, procede el oportuno pronunciamiento respecto a dichos efectos restitutorios merced a la aplicación de dichas cláusulas nulas desde el momento mismo de concertar el préstamo hipotecario, con base en los siguientes argumentos:

1°) Como ha recordado recientemente la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de noviembre de 2016, F.D. 3°, para hacer efectivas "las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato [o de una cláusula contractual, como en el caso de autos] y para impedir, en todo caso, que queden en beneficio de uno de los contratantes las prestaciones recibidas del otro, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia (sentencias núm. 105/1990, de 24 de febrero; 120/1992, de 11 de febrero; 772/2001, de 20 de julio; 81/2003, de 11 de febrero; 812/2005, de 27 de octubre; 934/2005, de 22 de noviembre; 473/2006, de 22 de mayo; 1385/2007, de 8 de enero de 2008; 843/2011, de 23 de noviembre; y 557/2012, de 1 de octubre) viene considerando innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma".

Asimismo, la mencionada Sentencia se hace eco de la núm. 102/2015, de 10 de marzo, que se expresa en los siguientes términos: "Es doctrina jurisprudencial la que afirma que no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuencias que le

son inherentes, que son aplicables de oficio como efecto ex lege, al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez".

2º) Siendo, por tanto, susceptible de pronunciamiento de oficio la cuestión de los efectos restitutorios de la nulidad, de acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal Supremo, resultaría incluso indiferente el momento procesal en el que hubiera sido introducida por la parte actora, sin que pudiera invocarse la prohibición de *mutatio libelli* o de cambio de demanda prevista en el art. 412 LEC.

En este sentido ha de apuntarse que la supuesta indefensión que podría invocar la parte demandada (cuya evitación es precisamente el fundamento de la interdicción de la *mutatio libelli*) sería ínfima, por tratarse de un tema estrictamente jurídico, que no altera la base fáctica del litigio y que tiene un carácter accesorio respecto de la acción ejercitada con carácter principal, la declarativa de la nulidad.

3°) No puede perderse de vista que en este tipo de litigios la normativa procesal debe ser aplicada a la luz de los fines de la Directiva sobre cláusulas abusivas, de modo que las reglas procesales internas no pueden hacer "imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los consumidores" (STJUE de 14 de

abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, entre otras).

4º) En esta tesitura, resultando clara la doctrina del TJUE sobre los efectos restitutorios anudados a la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, debe afirmarse que cualquier pronunciamiento distinto al reconocimiento pleno de tales efectos restitutorios es susceptible de generar la indeseable consecuencia de la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea (por todas, la STJUE de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15, Tomášová).

Por todo ello, procede acordar, como dijimos, junto con la declaración de nulidad, el oportuno efecto restitutorio, que afecta al exceso de cuantías indebidamente cobradas por aplicación de las mencionadas cláusulas nulas, desde la celebración del contrato y hasta la efectiva supresión de la cláusula.

Asimismo, por efecto del art. 1303 CC, las cantidades sujetas a devolución por la entidad financiera se incrementarán en el interés legal desde la fecha de los cobros correspondientes y hasta su reintegro a la parte actora.

Como ya dijimos anteriormente, el anterior pronunciamiento se hace sin perjuicio de la compensación –con los correlativos recálculo y reelaboración del cuadro de amortización- o de los acuerdos o pactos que puedan alcanzar que puedan acordar las partes al margen del proceso.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora y de la cláusula de vencimiento anticipado, debemos ordenar a la entidad bancaria que las expulse del contrato.

Séptimo.- Costas.

En cuanto a las costas, la demanda va a resultar integramente estimada, han quedado rechazadas todas las pretensiones de la demandada y el caso no presentaba serias dudas de hecho y de derecho (art. 394 LEC); por tanto, procede imponer las costas causadas a la parte demandada.

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

FALLO

ESTIMAR íntegramente la demanda formulada por el/la Procurador/a Sr.

/ Sra. Armengol Medina, en nombre de |

frente a BANCO MARE NOSTRUM, S.A. y en consecuencia:

- I. Declarar la NULIDAD POR ABUSIVA de la cláusula TERCERA del contrato de novación modificativa y ampliación de hipoteca suscrito entre las partes en fecha 27 de marzo de 2003, por el que se modifica el préstamo hipotecario de fecha 14 de diciembre de 2000, relativa al límite de variabilidad del tipo de interés en la que se establece una cláusula suelo y techo, del 4,25% y 14% nominal anual, respectivamente.
- II. Declarar la NULIDAD POR ABUSIVA de la cláusula TERCERA del contrato de novación modificativa y ampliación de hipoteca suscrito entre las partes en fecha 27 de marzo de 2003, por el que se modifica el préstamo hipotecario de fecha 14 de diciembre de 2000, en la que se establece como **índice de referencia el IRPH Cajas de Ahorro y** como sustitutivo el **CECA.**
- III. Declarar la NULIDAD POR ABUSIVA de la estipulación G) del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 14 de diciembre de 2000, posteriormente novado mediante contrato de novación modificativa y ampliación de hipoteca de fecha 27 de marzo de 2003, relativa a los intereses de demora aplicables al crédito.
- IV. Declarar la NULIDAD POR ABUSIVA de la estipulación H) 1ª y 3ª del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 14 de diciembre de 2000, posteriormente novado mediante contrato de novación

modificativa y ampliación de hipoteca de fecha 27 de marzo de 2003, en la que se establecen las condiciones para el vencimiento anticipado del contrato.

V. Condenar a la demandada BANCO MARE NOSTRUM, S.A., en primer lugar, a estar y pasar por las anteriores declaraciones de nulidad, con la obligación de suprimir y expulsar las mencionadas cláusulas del contrato, proceder a la reliquidación de la hipoteca, sin aplicar la cláusula de IRPH ni la cláusula suelo, referenciando el préstamo sin cláusula de intereses, subsistiendo el contrato sin los mismos y en segundo lugar, condenar a BANCO MARE NOSTRUM, S.A. a devolver a los demandantes la cantidad cobrada a estos últimos en concepto de intereses aplicados con el índice de referencia IRPH y en concepto de cláusula suelo, desde la suscripción del préstamo hipotecario y hasta la efectiva eliminación de dichas cláusulas.

Las cantidades sujetas a devolución por la entidad bancaria se incrementarán en el interés legal desde la fecha de los correspondientes cobros y hasta la fecha de su efectivo reintegro, sin perjuicio de lo previsto en el art. 576 LEC. Dicha cantidad se calculará en ejecución de sentencia.

El anterior pronunciamiento se hace sin perjuicio de la compensación

-con los correlativos recálculo y reelaboración del cuadro de amortización- o de los acuerdos o pactos que puedan alcanzar las partes al margen del proceso.

VI. Condenar a la demandada BANCO MARE NOSTRUM, S.A. al pago de las costas procesales.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que, en su caso, deberá presentarse ante este mismo Juzgado en el plazo de 20 días a contar desde su notificación.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido dada, leída y publicada por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe que obra en autos.