Juzgado Mercantil de Cantabria.

JUICIO ORDINARIO 423/2012.

SENTENCIA

Magistrado Juez: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta Menéndez.
Demandantes: A.A.A.y B.B.B..
Procurador: Ana María Álvarez Murias.
Letrado: Juan Manuel Brun Murillo.
Demandado: Caja de Ahorros de Santander y Cantabria (LIBERBANK S.A.).
Procurador: Carlos de la Vega Hazas.
Letrado: Carlos Rubio Vallina.

Objeto del Juicio: Nulidad cláusula suelo.

En Santander a 18 de octubre de 2013.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 10-9-2012 la indicada representación de la parte actora, presentó escrito de demanda que por turno de reparto a este Juzgado, en la que con fundamento en los hechos y fundamentos legales que cita se concluía solicitando sentencia por la que:

1.- Se declare la nulidad, por tener carácter de cláusula abusiva, de la estipulación contenida en el préstamo hipotecario celebrado con los demandantes, que establecen un tipo mínimo de interés.

2.- Se condene a la demanda a eliminar dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario suscrito con los demandantes.

3.- Se condene a la demanda a la devolución a los demandantes de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula (1.036 € a fecha de interposición de la demanda) con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, que serán determinadas en ejecución de sentencia sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en el caso de que la cláusula declarada nula nunca hubiese existido, condenando a la demandada a reintegrar a los demandantes todo lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de intereses, a amortizar en cada préstamo la cantidad que se determine y a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo, a lo que se sumarán también los interese legales pertinentes.

4.- Se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento y a los intereses legales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para que se personara en autos y la contestara, lo que hizo en tiempo y forma en el sentido de interesar sentencia desestimatoria de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Celebrado el acto de audiencia previa se convocó a las partes al acto del juicio, y este tuvo lugar en el día 8 de octubre de 2013, con la concurrencia de todas las partes, practicándose en dicho acto la prueba en su día declarada pertinente, y tras la manifestación de las partes de sus conclusiones, se dio por concluido el acto, y se mandó pasar los autos a la mesa de SSª para su resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 29-12-2009 los actores firman con Caja de Ahorros de Santander y Cantabria (hoy LIBERBANK), ante el notario don Juan Carlos García Cortés, escritura de préstamo hipotecario aportada como documento nº 1 de la demanda, según la cual:

-La tramitación e instrumentación del préstamo y la redacción de la escritura han tenido en cuenta las normas de regulación del mercado hipotecario y las disposiciones de la Orden de 5-5-94 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (exposición II).

-El capital del préstamo es de 109.000 € garantizándose su devolución con hipoteca (estipulación primera) con vencimiento el 29-12-2044.

-Debe devolverse el capital de 420 pagos (estipulación financiera segunda párrafo primero). "*El importe las cuotas vencidas, comprensivas de amortización e intereses, obtenidas mediante cuadro de amortización por el Sistema Francés y calculadas en base al tipo de interés inicialmente aplicable, que debe abonar la parte prestataria con periodicidad mensual, asciende a la cantidad de*" 419,48 € cada una (párrafo segundo). "*La cuantía de dichas cuotas habrá de modificarse por razón de las variaciones futuras del tipo de interés aplicable, calculándose las nuevas cuotas en función del procedimiento a que se ha hecho referencia anteriormente, considerando el capital pendiente en el momento de producirse la variación, el nuevo tipo de interés aplicable y los plazos pendientes en el préstamo, hasta su vencimiento final*" (párrafo cuarto).

-La cláusula tercera indica que la Caja percibirá un interés "*que tendrá carácter variable una vez transcurrido el primer ciclo de interés, con la periodicidad y en las fechas que se expresan en la estipulación tercera bis A)*" el producto neto efectivo que resulte de aplicar los tipos nominales que se citan en dicha estipulación.

-Es la cláusula tercera bis A) la que regula por lo tanto la determinación del tipo de interés nominal aplicable al capital prestado, a lo largo de 7 folios de la escritura.

Se fijan ciclos de duración anual. En el primero el tipo de interés nominal aplicable será del 3 % invariable.

En posteriores ciclos "*se calculará mediante la adición al tipo de referencia* [el EURIBOR] *de un diferencial de 0,90 puntos, con unos límites máximo y mínimo del 12 % y 3 % nominal anual respectivamente*. ----------

No obstante dicho diferencial resultará minorado, en su caso, con una tasa de bonificación de has ***0,30*** *puntos porcentuales, que se aplicará durante toda la vida del préstamo en función del mantenimiento" de una serie de productos o servicios que se citan más adelante*" (domiciliación de nómina o pensión, tarjeta de crédito, tarjeta de débito, plan de pensiones, seguro de vida, seguro multirriesgo, hogar o automóvil).

SEGUNDO.- Los actores (hecho aceptado) contrataron con la demandada (con el consiguiente coste) seguro de vida, tarjeta de débito, seguro de hogar y domiciliación de nómina, con la intención de aprovecharse de la bonificación del diferencial, de modo que de no haber operado la cláusula suelo, tras el primer ciclo anual el tipo de interés nominal debiera haber sido de EURIBOR + 0,68 puntos.

En el mismo momento de la firma (hecho igualmente indiscutido), el EURIBOR a un año estaba a 1,242 %, de modo que al sumar el diferencial resultaba un tipo por debajo del suelo del 3 %, ya estuviera el diferencial bonificado (0,68 =1.922 %) o no (0,90 = 2,142 %).

TERCERO.- En las negociaciones e información previa a la firma de la escritura con el personal de la oficina (don Victoriano), se entregó a los actores un documento manuscrio conteniendo (nº 6 de la demanda) los gastos aproximados de la hipoteca y la compra, las comisiones de apertura, amortización y cancelación, el plazo y la cuota, "interés incial 3 %" seguido de "resto Euribor + 0,90 bonificable", sin mención a la cláusula suelo (pese a ser de general aplicación en el tipo de préstamo hipotecario).

Los actores manifiestan que se les silenció la información acerca del funcionamiento de la cláusula suelo, su incidencia en las cuotas y la posible irrelevancia de la contratación del los servivcios para bonificar el diferencial.

El 27-7-6-2012 solicitan de la entidad prestamista la entrega de los documentos preceptivos conforme a la citada OM de 5-5-94, concretamente el folleto informativo expresando de forma clara y concisa las condiciones básicas del préstamo, la oferta vinculante firmada por los prestatarios y el representante del banco, sin obtenerlos.

CUARTO.- La parte demandada indica que la escritura recoge (antepenúltima hoja) la adecuación entre la oferta vinculante y las condiciones financieras de la escritura, conforme a la OM, la cual sí fue recibida, firmada y aceptada por la Sra. Zuloaga el 14-12-2009 (se aporta como documental nº 5 con la contestación) y en la que se indica el tipo de referencia, el diferencial, el interés máximo y el mínimo. En el reverso se recogen las bonificaciones sobre el diferencial por contratación de servicios o productos.

Reconociendo la existencia de divisiones doctrinales respecto de la validez de la cláusula suelo, expone las favorables a la validez, que vincula con el cumplimiento de los requisitos de los artículos 25 y 30 de la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. No se trataría de una condición general, habría sido negociada y aceptada libremente, cumpliendo los requisitos de la normativa sectorial, y no cabría declarar su "abusividad" (vocablo no reconocido en el DRAE pero que ha adquirido carta de naturaleza en el ámbito del os juicios en materia de consumidores) al referirse a un elemento esencial, no accesorio del contrato. Rechaza la consideración como hecho notorio de la imposibilidad de alcanzar el techo previsto durante la vida del contrato.

QUINTO.- Entiendo que la fundamentación jurídica expuesta a lo largo de 101 de los 126 folios de que consta la demanda, se basa en esencia en la Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (artículos 1, 5, 7, 8, 9 y 10), el RD Legislativo 1/07 de 16 de noviembre aprobando Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios (esencialmente artículos 80 y 82) y la

Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Se afirma que la cláusula suelo es condición general (CG), nula por abusiva por desequilibrio e infracción de buena fe. Abunda en la idea de la falta de información respecto de la verdadera naturaleza del contrato (no es en realidad de interés variable) y respecto de la evolución (previsible y pasada) del tipo de referencia, sin que se hayan cumplido tampoco las exigencias administrativas derivadas de la referida OM. La claúsula no recae sobre el objeto principal del contrato sino accesorio (limitando o determinando el cálculo del precio solo en determinadas circunstancias) y cabe controlar su carácter abusivo.

Se ejerece por lo tanto acción individual nulidad de condición general de la contratación.

QUINTO.- Prejudicialidad y litispendencia.

La contestación a la demanda interesó la suspensión del procedimiento por litispendencia y prejudicialidad ante la pendencia de recurso de casación ante el TS interpuesto contra la SAP de Cáceres, sección 1ª, de 24-4-12. Se desestimó la excepción procesal sin perjuicio de lo cual considero oportuno realizar un breve reflexión en el cuerpo de la presente sentencia.

Respecto de los problemas derivados de la coexistencia de una acción colectiva (art 12 LCGC) y otra u otras individuales (art 9), destaca Fernández Seijo ("La protección del consumidor en los procesos de ejecución", Ed. Bosch 2013) la colisión que puede producirse entre las soluciones coherentes desde la óptica de la seguridad jurídica y evitación de pronunciamientos contradictorios, y los intereses del consumidor individual a obtener una más pronta repuesta por la vía de la acción individual, en la que parece más probable la estimación de una medida cautelar de suspensión de la cláusula discutida (de hecho, respecto de cláusulas suelo ya se han producido por ejemplo, el Auto del Juzgado Mercantil 1 de Bilbao de 9-10-13). En cualquier caso, para beneficiarse de la extensión de los efectos de una acción colectiva (artículos 11, 221 y 519 LEC) y para que operasen las excepciones de litispendencia, prejudicialidad o cosa juzgada (arts. 43, 400, 222 y 421 LEC) debe concurrir la triple identidad, no permitiendo la apreciación de la litispendencia si (1) el consumidor que ejercita la acción individual no se ha personado en el procedimiento colectivo y, además (2) del suplico de la demanda colectiva no se infieren de modo claro y terminante los efectos o extensión de la sentencia a terceros no litigantes y (3) en todo caso si el consumidor en su acción individual ejercita otras pretensiones distintas. Citando el AAP sección 15 ª Barcelona de 11-6-2013 se recuerda, respecto de la prejudicialidad civil ex art 43 que sin concurrir todas las identidades de la cosa juzgada del art 222 LEC, no siendo los objetos de los procesos coincidentes pero sí interdependientes, la salvaguarda de la seguridad jurídica y la evitación del riesgo de sentencias contradictorias, concurre el supuesto de hecho que reclama la aplicación del art 43 LEC.

En el supuesto examinado no se ha justificado la identidad en cuanto al objeto ya que la cláusula enjuiciada en la SAP de Cáceres no era de la misma entidad (aquí Caja de Ahorros de Santander y Cantabria, allí, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura, aunque ambas pasen finalmente a integrarse en la actual LIBERBANK). Tampoco se acredita a la vista del suplico de la demanda originadora de aquella sentencia que se infiera claramente la extensión de efectos a terceros no litigantes, ni la

solicitud de condena al reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por el efecto de la cláusula suelo.

De modo que no concurre según mi criterio la litispendencia o prejudicialidad, sin perjuicio de la importantísima incidencia para la resolución del presente juicio tendrála doctrina del TS sobre cláusula suelo ya recaída a propósito de una acción de cesación colectiva, el 9 de mayo de 2013.

SEXTO.- Condición general de la contratación.

La primera cuestión a resolver es la relativa a la naturaleza como condición general de la contratación de la cláusula discutida. La parte demandada niega esa naturaleza aludiendo a que la cláusula fue fruto de una negociación y no se impuso al cliente, que afecta a uno de los elementos esenciales del contrato (el precio) que el cliente conoce y compara con otras ofertas en el mercado antes de decidir, además de que se han cumplido las condiciones del la OM de 5-5-94 y su "minucioso regulación del recorrido preparatorio del contrato".

Conforme al art 1 LCGC las condiciones generales son 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, previendo que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión. Se excluye (art 4) la aplicación de la ley 7/98 a los contratos administrativos, de trabajo, de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios, así como a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.

El TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 desarrolla los requisitos de las condiciones generales de la contratación (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad, resultando irrelevante la autoria material y que el adherente sea profesional o consumidor), y en la de 5 de julio de 1997 define el contrato de adhesión como aquel cuya esencia y cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, pudiendo únicamente aceptar o no, de modo que manteniéndose la libertad de contratar (celebrar o no el contrato) no se mantiene la libertad contractual (establecer las cláusulas que acepten mutuamente).

La falta de negociación individual no supone ilicitud. La imposición de CG por el empresario es un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa (sea con otro empresario o con un consumidor), diferenciado de la contratación por negociación ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados, con un régimen y presupuesto causal propio. La calificación como contrato de adhesión no implica nulidad, pero debe cumplir los requisitos de incorporación al contrato, y en caso de contratación con consumidores, debe acudirse además a la regulación complementaria del TRLDCU respecto a las cláusulas no negociadas individualmente entre empresarios y consumidores.

Los argumentos de la STS de 9-5-13 (FJ séptimo al noveno) desvirtúan los opuestos por la demandada respecto la naturaleza de la cláusula.

a) Siempre que cumplan los requisitos indicados (relativos al proceso de inclusión, redacción y negociación y no estar entre los supuestos del art 4) las CG no excluyen aquellas que se refieran al objeto principal, y su conocimiento no implica negociación, es decir se rechaza expresamente la equiparación entre desconocimiento e imposición de la CG, siendo el previo conocimiento requisito para la misma incorporación al contrato y la existencia de éste.

b) La cláusula prerredactada se considera impuesta cuando no ha habido posibilidad real de negociación por el consumidor medio en orden a la individualización del contrato, no siendo exigible ni siquiera una conducta activa negociadora del mismo que se vea rechazada, resultando irrelevante la existencia de una pluralidad de ofertas (todas sometidas a condiciones generales) sean del mismo o de distintos empresarios. En este mismo sentido considera la SAP Madrid, sección 28ª, de 26-7-13 irrelevante la aportación por la entidad bancaria de otros contratos donde no figure la cláusula suelo o se prevean alternativas.

c) Se trata de una imposición del contenido, no del contrato; no se obliga a contratar, pero en la contratación de servicios bancarios o financieros, en particular en la utilización de cláusulas limitativas a la variación de los intereses, la capacidad real de comparación de ofertas es reducida para el consumidor medio (al que se refiere la STS como "cliente cautivo"). Se considera un hecho notorio que determinados productos, tanto la oferta como el precio o contraprestación están absolutamente predeterminados, debiendo quien los pretenda acatar la condiciones impuestas o renunciar a contratar ("take it or leave it").

d) La prueba en contra (es decir, la de la negociación real y de no ser una cláusula destinada a ser impuesta) incumbe al empresario, ya por aplicación del criterio del art 82.2 TRLCU cuando se trata de contrato con consumidor (dado que no existe norma específica al respecto en la LCGC), ya por las reglas generales del art 217 LEC al ser imposible o diabólica la prueba del hecho negativo que es la ausencia de negociación.

e) La regulación sectorial de las cláusulas suelo (la citada OM de 5-5-94), no excluye del ámbito de la LCGC a las mismas por efecto de su art 4.2, ya que esa normativa se limita a imponer deberes de información, pero ni impone la cláusula suelo, ni supone su existencia en defecto de pacto, ni indica los términos en que viene expresada en el contrato.

La prueba practicada no ha desvirtuado la prerredacción unilateral de la cláusula por la entidad demandada con el propósito de incorporarla a una pluralidad de contratos sin negociación individual en los términos indicados. Únicamente indica el empleado de la sucursal en su declaración que "negociable es todo", aludiendo, como la dirección letrada en fase de informe, a que en casos que no concreta ni cuantifica sí se habría negociado (lo que en todo caso considero que sería irrelevante si no ocurrió esa negociación individual en el supuesto enjuiciado).

SÉPTIMO.- Tanto la demanda como la contestación, siendo anteriores a la STS de 9-5-2013 parten de un planteamiento (en esencia orbitando en torno a la abusividad de la cláusula por falta de reciprocidad), distinto y superado por la referida sentencia (que, dicho sea de paso, se encarga de solventar las dudas que pudieran existir respecto del

apreciación de oficio por el Juez de la nulidad en materia de protección de consumidores y usuarios).

Hasta la indicada resolución gran parte de la discusión giraba en torno al carácter esencial o no en el contrato de la CG. Ello se debía a que conforme al art 4.2 de la Directiva 93/13 "*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*", sin perjuico de que (art 8) el Estado miembro, adopte o mantenga en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

Así de considerar que la cláusula definía el objeto principal del contrato, no cabría controlar su carácter abusivo. El TS concluye que la cláusulas suelo forman parte inescindible del precio y por tanto definen el objeto principal del contrato, y en cuanto a la posibilidad (por la vía del artículo 8) de controlar el contenido de estas condiciones generales, entiende que pese a que las SSTS 401 y 861 de 2010 apuntaron esta posibilidad más o menos obiter dicta, esta opción fue cegada por la STS 406/2012.

De este modo no cabe un control de equilibrio, pero sí un doble control de transparencia que el propio art 4.2 in fine habilita.

Este razonamiento suscita opciones discrepantes en la doctrina, pero sienta claramente la consideración de la cláusula como definidora del objeto del contrato, y excluye el control de contenido, remitiendo como veremos, a un control de incorporación y un doble control de transparencia.

Así González Carrasco (Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS de 9 de mayo de 2013, Revista CESCO de Derecho de Consumo nº 6/2013), entendiendo que es un elemento accesorio de la fijación del precio del préstamo constituyendo una cláusula limitativa a la variación de los tipos de interés en préstamos a interés variable que actúa a modo de cobertura de riesgo, si bien como indica Pertínez Vílchez (InDret, Revista para el análisis del Derecho nº 3 de 2013) el problema (relevante en relación a las cláusulas que sin contener directamente la extensión o magnitud del precio inciden directamente en su cálculo o determinación) se "atenúa y desdramatiza" desde el momento en que se permite el control también de las cláusulas sobre precio o contraprestación si no son transparentes.

Fernández Seijo (La protección del consumidor en los procesos de ejecución, Ed. Bosch) destaca que la limitación del art 4.2 de la Directiva no existe en nuestro ordenamiento interno (ni en la LCGC -que como indica la STS de 12-12-11 dejó este precepto fuera de su contenido reformador- ni en el TRLCU) se plantea la aplicación de los mecanismos excepcionales de control de oficio por el Juez (propio del derecho comunitario) para la detección y eliminación de todas las cláusulas abusivas o solo en los casos en que no se afecte al objeto principal. Si bien un sector importante de la doctrina (Sarazá y Vela) se muestra contrario al control de contenido de las cláusulas que conforman el objeto principal del contrato (porque es la consideración a los mismos –precio y prestación- la que ha movido al consumidor a contratar), lo cierto es que la ley 1/2013 al establecer los instrumentos de control de oficio de las cláusulas abusivas no establece distingos, careciendo de sentido habilitar una vía tan amplia en los procesos de ejecución y vedarla en los declarativos. Además, en los procedimientos en los que se han debatido instrumentos básicos para fijar la deuda final (redondeo, intereses moratorios) se ha permitido el control de contenido de dichas cláusulas.

Concluye así que en definitiva resulta más sencillo aceptar sin limitaciones el control de abusividad incluso de los elementos definidores del objeto del contrato que no intentar forzar los criterios de interpretación para permitir el control de las cláusulas que de un modo u otro afectan directamente al precio de los servicios o productos.

OCTAVO.- El control de la transparencia de las CG es en un primer momento, tanto si se contrata con consumidor como con profesional, un control de inclusión conforme a los artículos 5.5 (su redacción debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez), y 7 de la LCGC (no quedando incorporadas al contrato aquellas CG que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, ni las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

La regulación sectorial del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenido en la OM de 5-5-94 garantiza la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y su oscilación en función de las variaciones del Euribor.

En el supuesto enjuiciado los actores manifiestan que no se les entregó el folleto informativo (art 3 OM), a lo que la demandada no ofrece respuesta. No consta que se hubiera informado al cliente de la posibilidad de examinar la escritura en la notaria durante los tres días anteriores a su otorgamiento. Ambas circunstancias deben ser probadas por la entidad bancaria, y su falta de acreditación implicaría la no superación del propio control de inclusión de la CG "examinada de forma aislada" en el contrato (en este sentido la SJMercantil 9 de Barcelona de 18-6-2013).

Manifiestan igualmente que no se les entregó la oferta vinculante (art 5 OM), si bien la codemandada Pilar, ante la exhibición en el acto del juicio del documento nº 5 de la contestación (la oferta vinculante) indica que el empleado les dijo que "era lo que habían hablado" y lo firmó sin más. Este documento tiene la misma fecha de emisión que de recibo y aceptación (14-12-2009) de lo que se infiere que se exhibió y firmó en la oficina sin que conste la entrega de una copia al adherente (lo que en cualquier caso no exige el tenor del art 5 indicado pese a haberse discutido al respecto).

Acerca de la intervención del notario la OM en su art 7.2 indica (en lo que ahora nos interesa) que, en el caso de préstamo a tipo de interés variable, debe advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: b) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores. c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes. A este respecto, y según la propia testifical del notario, la información relevante que se transmitió a los adherentes fue relativa a que nunca pagarían menos que la cuota inicial y que el interés no sería inferior al de la primera cuota.

Respecto de esa intervención del fedatario público, no considero que acredite suficientemente y en sí misma una información adecuada y relevante en los términos que más adelante se desarrollarán, respecto de la carga jurídica y económica del contrato, el reparto de riesgos y la verdadera naturaleza como préstamo a interés no variable (que el TS concreta en un elenco de circunstancias de cierta amplitud), además de que no resulta del contenido de la propia escritura pública la información que respecto de los mínimos de la cuota y tipo se manifiestan. Difícilmente cabría otorgar a esta intervención virtualidad per se (son múltiples los factores a tener en cuenta como se verá) para superar el control de transparencia al que más adelante aludiremos considerando que hubiera servido para informar adecuadamente del reparto de riesgos, la carga jurídica y la verdadera naturaleza del préstamo (a interés mínimo fijo y no

variable), teniendo en cuenta por un lado que esta información se habría dado de palabra, en el mismo momento de la firma de la escritura (acto prácticamente formal en un momento en que la voluntad de contratar ya se ha conformado) y que el hecho de que durante el primer año se establezca un tipo fijo, no variable por referencia al diferencial, que pasara a "añadirse" a partir del segundo ciclo anual contribuye a una confusión y oscuridad que como mínimo limita o dificulta para un "consumidor medio" la eficacia de esa información que se afirma haber transmitido verbalmente.

En cualquier caso, la intervención notarial, en la STS (FJ XI) y en la doctrina, se ubican dentro del requisito del control de inclusión, no del de transparencia. Por un lado parece coherente un examen abstracto y no individualizado de la intervención en el concreto préstamo en el marco de una acción colectiva como la que resolvió el Alto Tribunal. Por otro lado, como indica Pertínez Vílchez (InDret, Revista para el análisis del Derecho nº 3 de 2013), destaca el carácter exiguo de los deberes informativos de la Orden de 5 de mayo de 1994, que en la práctica se sustancian en un simple "firme usted aquí" (la oferta vinculante) y en una advertencia de la existencia de la cláusula suelo —sólo cuando a juicio del notario, no haya equilibrio entre la limitación al alza y a la baja— en el mismo momento conclusivo del contrato, *momento que no es propicio para que el consumidor se replantee una decisión previamente adoptada a partir de una información incompleta*. En modo alguno garantizan estos requisitos que el consumidor hubiera conocido la existencia de una cláusula suelo y la trascendencia que la misma podía tener sobre la carga económico-jurídica del contrato antes de contratar.

Por último, y a mayor abundamiento, teniendo presente que cabe la acumulación de la acciones individuales a la colectiva, y la eficacia de la litispendencia o prejudicialidad, se suscitan dudas sobre la virtualidad que a ese análisis concreto e individual de la intervención del fedatario público hubiera de darse desde el momento que la acción colectiva prospera con una valoración únicamente abstracta (coherente con la naturaleza de una acción colectiva), y produce efectos generales para todos los consumidores en las condiciones legales y que la senencia indique.

NOVENO.- De entender superado el control de inclusión, debe procederse al examen del control de transparencia cuando la CG se incorpora a un contrato con consumidores.

Como más arriba se ha indicado, cabe conforme al art 4.2 Directiva 93/13 el control del carácter abusivo de una CG aunque defina el objeto principal del contrato, si no está redactadas de manera clara y comprensible, lo que nos lleva, en contratos con consumidores, al art 80.1 TRLCU conforme al cual la cláusulas no negociadas individualmente con consumidores y usuarios deben cumplir los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción con posibilidad de comprensión directa, así como de accesibilidad y legibilidad de forma que permita al consumidor el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. Esto constituye un segundo control de transparencia como "parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del CC del error propio o error vicio cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato" que tiene por objeto la posibilidad de conocer tanto la carga económica que realmente le supone la celebración del contrato (la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación) como la carga jurídica (definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo).

Así superado el control de inclusión de una CG aisladamente considerada, cuando afecte a consumidores y se refiera al objeto principal del contrato, cabe un control de transparencia sobre la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato que, de no superarse, permite el control de abusividad.

La cláusula examinada, se incluye en un contrato ofrecido como préstamo a interés variable, pero de hecho, y de forma razonablemente previsible para el empresario en el momento de la contratación, y sorprendente para el consumidor, convierte el contrato en préstamo a interés mínimo fijo. La oferta no completada con información adecuada desplaza el foco de atención sobre el diferencial del tipo de referencia que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, influyendo de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor, particularmente al ofrecerse conjuntamente con una cláusula techo a modo de contraprestación y que sirve de "señuelo".

Para llegar a la conclusión de que no son cláusulas transparentes (apartado 225 del FJ XIII y séptimo del fallo de la STS 9-5-2103) se atiende a diversas circunstancias:

-Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

-Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo en aparente contraprestación.

-No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de tipo de interés en el momento de contratar.

-No existe información clara y comprensible sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el que pudiera contratarse la cobertura, con otras modalidades de préstamo o la advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.-

-Ubicación entre una abrumadora cantidad de datos que enmascaran y diluyen la atención del consumidor.

-Se crea 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 (cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, siendo irrelevante que el consumidor se haya podido ver beneficiado durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia –Auto de aclaración del TS de 3-6-2013-).

Al no superar el control de transparencia cabe examinar su carácter abusivo. Conforme al art 8 LCGC las condiciones generales que contradigan cualquier norma imperativa o prohibitiva son nulas de pleno derecho salvo que se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, siendo en partícula nulas las que sean abusivas en contrato celebrado con consumidor. Esta abusividad se concreta (art 3.1 Directiva 93/13 y 82.1 TRLCU) en que contradiciendo las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor, en un control abstracto que atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha de suscripción del contrato y las previsibles por un empresario diligente a corto/medio plazo.

Este desequilibrio no ha de entenderse en términos económicos (no se exige equidistancia entre el suelo y el techo, de existir éste) sino de real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Si bien el futuro a medio/largo plazo es imprevisible, los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia dan cobertura exclusivamente a la entidad crediticia y frustran las expectativas del consumidor de

abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable (el tipo pasa a ser variable únicamente al alza).

En definitiva, la STS está asumiendo que la obligación de transparencia en las condiciones generales tiene un contenido dinámico que no se agota en el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación, o en la redacción de una cláusula sin ambigüedades, sino que exige además, en relación a los elementos esenciales, un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa, lo que proscribe una defraudación de la carga económica del contrato, tal y como la había percibido, mediante la inclusión de una condición general, que aun superando los requisitos de incorporación, pasó inadvertida al consumidor.

DÉCIMO.- En el supuesto examinado la cláusula TERCERA, comienza indicando que "La Caja de Ahorros de Santander y Cantabria percibirá en concepto de interés, que tendrá carácter variable una vez transcurrido el primer ciclo de interés …), y la discutida (TERCERA BIS), como más arriba se ha indicado, indica que el *interés nominal* se calculará mediante la adición al *tipo de referencia* (concepto que se explica tres página más adelante y a lo largo de dos páginas) de un *diferencial* de 0,90. con unos límites máximo y mínimo del 12 % y 3 % nominal anual respectivamente." Indicando a continuación, que "No obstante dicho diferencia resultará minorado en su caso …" desarrollando durante otras tres páginas la bonificación del diferencial. Esta redacción no cumple los requisitos de claridad y transparencia indicados.

Resulta así (habiéndose examinado la intervención del notario en el FJ octavo, y además de lo ya indicado respecto del control de inclusión) que no se discute por la demanda el hecho relevante de que en el mismo momento de la firma del contrato ya habría entrado en juego la cláusula suelo convirtiendo el interés mínimo variable en fijo, lo que cobra más relevancia aún teniendo en cuenta que los actores contrataron diversos servicios para bonificar el diferencial cuando esa bonificación, en el mismo momento de la contratación, era estéril por efecto del límite mínimo.

No se acredita (ni siquiera se opone), que se hubiera simulado escenario, ni informado del coste comparativo de asegurar la variación del interés o de otros préstamos en los términos expuestos. No se acredita tampoco una información suficiente en la fase de negociación sobre los límites a la variabilidad del mínimo del interés.

El suelo se ofrece como aparente contraprestación de un techo incluido en la misma cláusula que inmediatamente prevé ciertas bonificaciones del diferencial que se entremezclan con la regulación del interés mínimo variable, que, a su vez, se presenta de una forma secundaria en una "cláusula bis" de modo impropio para la capital importancia que, en un préstamo a interés variable, habría de tener. La parte actora manifiesta que nunca han alcanzado los intereses de referencia un nivel tan alto como el previsto de techo, y que desde su puesta en funcionamiento el EURIBOR no ha llegado al 6 %, hecho que se admite y en todo caso es conocido y fácilmente comprobable. Como indica la citada STS, "lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, deforma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza".

En este sentido y pese a la claridad objetiva de la cláusula suelo ("*sigui el que sigui que resulti de la revisió del tipus d´interès, el tipus aplicable en cap cas no será superior al 12% ni inferior al 3,75%*". –B. Sabadell-, la SJMercantil Barcelona 5, de 17-6-2013 también en una acción individual:

"Resulta que examinada la cláusula Tercera Bis, la cláusula suelo aparece conjuntamente con la cláusula techo o tipo máximo de interés, un 12%, algo absolutamente irreal e imposible y que únicamente puede servir de señuelo para influir en el consentimiento del consumidor convencido de una apariencia de contraprestación a su favor (el techo frente al suelo, contraprestación que por los tipos pactados -3,75% a cambio de un 12%- es absolutamente ficticia o directamente engañosa).

Resulta que no hay constancia de que B. SABADELL hubiera dado a dicha cláusula la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, teniendo en cuenta que no basta una redacción clara de la cláusula. Es de aplicación el f.221 "Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato".

Resulta asimismo que no hay prueba alguna de que hubiera simulaciones (…) se trataba sencillamente de ofrecer al consumidor simulaciones de subidas y de bajadas del tipo, ficticias, probables o improbables, para que entendiera el juego y operatividad de la cláusula suelo en el contrato o, insisto, que comprendiera estaba contratando un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo y que no se beneficiará en un futuro de las bajadas del tipo de referencia.

Resulta igualmente que la cláusula suelo se inserta en una maraña de información sobre los intereses. La cláusula suelo se mezcla con el diferencial y no tiene autonomía alguna. Está en una cláusula tercera Bis, algo impropio y secundario cuando es determinante de la economía del contrato y que "en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante" (f.212).

En suma, en el caso se comprueba que no hay prueba alguna de que B. Sabadell incidiera en la cláusula suelo en su negociación con el consumidor, para que éste fuera perfectamente cabal de lo que estaba contratando y en fin de cómo iba a devolver el préstamo."

ÚNDECIMO.- Las resoluciones de los tribunales, con disparidad de criterios en cuanto a las consecuencias de la declaración, han venido declarando reiteradamente en acciones individuales o colectivas, la nulidad de cláusulas de diversas entidades bancarias, con diferentes redacciones:

-STS 9-5-2013 (acción colectiva):

"El tipo aplicable a devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al **12,00 %** ni inferior al **2,50 %** nominal anual";

"En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte aplicación sea inferior al **2´50 %**, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo de los intereses ordinario no podrá ser, en ningún caso, superior al **15 %** nominal anual". (Cláusulas de BBVA)

"El tipo de interés nominal anual vigente en cada período, que en ningún caso podrá exceder del **DIEZ (10 %)** ni ser inferior al **DOS COMA SETENTA Y CINCO (2´75 %)**, se determinará sumando el "margen" que seguidamente se indica al "tipo de referencia" que corresponda al período" (Cláusula Caja de Ahorros de Galicia).

"No obstante lo anterior, se establece que en las revisiones el tipo de interés nominal aplicable no será superior al **15,000** por cien anual, salvo que resulte de aplicar por penalización por demora, ni inferior al **3,250** por cien nominal anual" (Cláusula Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito).

-SAP Murcia, sección 4ª, de 12-9-2013, revocando la de instancia (que había considerado que el consumidor había conocido y aceptado libremente el pacto, que no era condición general, ni provocaba falta de reciprocidad o equilibrio) declara la nulidad

de la cláusula suelo, condición general contraria a la buena fe y equilibrio y que convertía el préstamo en fijo a interés variable exclusivamente al alza.

-SAP Álava, secc 1ª, de 9-7-13, siendo la demandada LIBERBANK, por un contrato incialmente de Caja Extremadura (misma entidad cuya cláusula se encuentra pendiente de casación y en virtud de la cual la demadnada solicitó la prejudicialidad o litispendencia en los presentes autos).

-SAP Madrid, sección 28ª de 26-7-2013 (acción colectiva)

"No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del CUATRO CINCUENTA POR CIENTO". (Cláusula Banco Popular).

"Aunque su redacción sea ciertamente clara, está enmarcada en el contexto de una pluralidad de epígrafes subsiguientes al de la estipulación de un interés variable, en el que se inserta esta mención, de modo que prevalece la apariencia de que el tipo sería nominalmente variable al alza y a la baja cuando, en realidad, exclusivamente lo sería hacia arriba, pues hay una limitación que merced a ese tope inferior lo convertiría en fijo, por debajo, a favor del banco. Además resulta relevante la fijación de un mínimo de significativa cuantía (4,50%), lo que puede además convertir en meramente teórica la posibilidad de variaciones a la baja del tipo de interés. Se encuentra además ubicada en el condicionado general entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención sobre la misma del consumidor.La cláusula recibe asimismo un tratamiento impropiamente secundario de modo que el consumidor no percibirá su verdadera relevancia."

"En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea INFERIOR AL 2.25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, SUPERIOR AL 15% NOMINAL ANUAL". (Cláusula BBVA).

Se trata de una condición general con una redacción ciertamente densa (…) que se integra dentro de la condición 3 bis, con el epígrafe tipo de interés variable, índice de referencia, en el seno de una pluralidad de datos de muy diversa índole y variada trascendencia. La configuración de la mencionada cláusula, en el contexto en el que la misma se enmarca en el condicionado general (especialmente su inclusión dentro de la de interés variable), puede llevar a pensar al consumidor que firma un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero, cuando en realidad existe un interés mínimo fijo que no se beneficiará de todas las bajadas que puedan producirse en el tipo de referencia. Asimismo, la cláusula, por la referencia que también incluye a un techo fijo (15%), contribuye a la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de ese otro tipo máximo de interés, lo puede servir de señuelo que obstaculiza el análisis del verdadero impacto de la cláusula suelo en el contrato.

-SAP Alicante 8ª, 23-7-2013.

"… que el tipo de interés sería variable, explicitándose en el último de los párrafos de la citada cláusula, no sin antes explicar de manera extensa y descriptiva el interés transitorio de los seis meses iniciales, el criterio de determinación futura de los intereses variables, los criterios temporales y sustantivos de revisión del tipo de interés, incluyendo los distintos escenarios posibles en el caso de que el día de la revisión no hubiera cotización para depósitos interbancarios a plazo de un año el criterio a seguir para revisión, que "El tipo de interés máximo amparado por la hipoteca no será superior al 11,00% nominal anual, ni inferior al 4,00% nominal anual", desarrollándose a continuación las cláusulas sobre comisiones -comisión de apertura, otras comisiones y gastos posteriores- y sobre -cláusula cuarta bis- el tipo de interés anual equivalente, destinándose la cláusula sexta a los intereses moratorios. (Banco de Castilla La Mancha)

-SJMercantil 9 de Barcelona de 18-6-2013 (Acción individual).

"…*el tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo no podrá en ningún caso ser inferior al 3%* (…) *ni superior al 19%* (…) *los cuales tendrán la consideración de tipo mínimo y máximo de referencia. Por tanto, si el resultado de la revisión en cualquier de los periodos de interés comprendidos en la segunda fase fuese inferior al interés mínimo o superior al tipo de interés máximo establecido, serán éstos tipos de interés mínimo y máximo los que se aplicarán al periodo correspondiente*". (Caixa D´Estalvis del Penedés).

-SJmercantil 5 de Barcelona, en acciones individuales, en la citada sentencia y otra también de 17-6-2013 "(…) cualquiera que fuere lo que resultare de la revisión del tipo de interés, el tipo aplicable de interés ordinario, así como el sustitutivo, en ningún caso será superior al DOCE POR CIENTO ni inferior al TRES COMA OCHENTA POR CIENTO".

-SJMercantil 10 de Barcelona de 7-6-2013 (Banco Popular), "*"las partes acuerda que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al* ***CUATRO COMA CUARENTA Y CINCO POR CIENTO*** *nominal anual"*, sin techo.

-Sentencias del Juzgado Mercantil de Alicante de 8-7-2013 (Popular Español), Mercantil 2 de Málaga de 19-7-2013 (UNICAJA), AP de Cuenca, sección 1ª, de 30-7-2013 (Castilla La Mancha), Juzgado Mercantil de Orense de 10, 13 y 21 de mayo de 2013 (Popula y NCG).

DUODÉCIMO.- Por lo tanto se estima la pretensión ex artículo 9 LCGC de nulidad de la cláusula suelo, de acuerdo con el cual:

1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

No plantea duda alguna el mantenimiento de la eficacia del contrato, limitando la nulidad a la limitación de la cláusula tercera bis en cuanto a la fijación de un suelo o límite mínimo a la variabilidad del tipo nominal de interés (FJ decimosexto de la STS 9-5-13).

La cuestión discutida estriba en la eficacia retroactiva o no de la nulidad.

La STS citada, tras recordar la regla general de que la ineficacia de un contrato o alguna de sus cláusulas exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas, debiendo (art 1303 CC) restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, en misma línea que propugna el informe de 27 de abril de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo ("la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato, ex tunc"), y la STJUE de 21-3-2013 RWE Vertrieb AG, C-92/11, concluye sin embargo declarando la irretroactividad de "la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia" (F.J. XVII, apartado 294).

Se basa la decisión en la propia naturaleza de la acción de cesación interpuesta, dirigida más bien a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura, así como en razones de seguridad jurídica, no apreciando enriquecimiento injusto de un a parte a costa de la otra que fuera necesario conjurar, ni mala fe (lo que permitiría según la misma STJUE de 21-3-2013 la limitación de la retroactividad), pero sí riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico. Se toma en consideración que las cláusulas examinadas son lícitas y la

condena a cesar en su uso y eliminarlas por abusivas no se basa en su ilicitud intrínseca de sus efectos sino en la falta de transparencia (que no deriva de su oscuridad interna sino de la insuficiente información). Igualmente se atiende a que obedecen a razones objetivas; a que no son inusuales ni extravagantes; a que no constaba que no se hubieran observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5-5-94; y a que responden a una finalidad de mantener un rendimiento mínimo de los activos que permita a las entidades resarcirse de los costes, calculándose para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

Francisco Javier Orduña Moreno, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Consecuencias de nulidad de la cláusula suelo. Integración del contrato: ineficacia parcial y modulación del efecto retroactivo, Legaltoday.com 11-10-2013) argumenta esta decisión partiendo de la "propia naturaleza y función de este modo de contratar que informa tanto su eficacia negocial como la tutela dispensada", indicando que nos encontramos ante una suerte de nulidad funcional, no estructural. Conforme a la peculiar naturaleza y función de la contratación bajo condiciones generales, como un modo genuino y diferenciado de contratar, tanto el control de contenido (cláusulas abusivas) como el control de trasparencia (cláusulas no comprensibles) se presentan no como criterios sancionadores de una posible nulidad contractual de carácter estructural (consentimiento viciado, falta de forma como requisito ad solemnitatem, ilicitud de la causa, etc...), sino como criterios delimitadores de la eficacia funcional desplegada por una peculiar, pero válida práctica negocial", presidido además por "interpretación integradora" del contrato que, de por sí, se realiza "desde y por" la validez y eficacia del mismo en toda su unidad sistemática, a diferencia de lo que ocurre con los vicios o defectos estructurales".

DECIMOTERCERO.- No obstante, en el supuesto enjuiciado, no se trata de una acción colectiva sino individual, además de que como se ha visto, no se ha acreditado el cumplimiento de todos los requisitos de la normativa sectorial (OM de 5-5-94), que la entidad de los efectos de la nulidad está lejos de producir un grave trastorno en la economía nacional y que la cláusula ha jugado solo en contra del consumidor y nunca del banco. Entiendo que no le cabe al Juez nacional modular o integrar los efectos de la nulidad por abusivas de cláusulas con consumidores (STJUE 12-6-2012), y que la no vinculación en estos se establece claramente en el art 6 de la Directiva 93/13.

En este sentido la SAP Alicante, sección 8ª de 12-7-2013, desestima la devolución del as cantidades indebidamente cobradas, si bien contiene un voto particular (Soriano Guzmán) conforme al cual debe condenarse retroactivamente a la devolución de las cantidades cobradas por la entidad bancaria. Fundamentalmente por efecto del principio de "no vinculación" a las cláusulas abusivas sentado por la JP del TJUE al interpretar la Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, cuyo art. 6 es meridianamente claro al decir, en su número primero, que "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". La no vinculación no puede ser graduable ni parcial, ni dependiente de un dato tan aleatorio como es la fecha de una sentencia de un tribunal de un Estado Miembro (puede generar diferencias entre consumidores en el territorio de la UE frente a una misma entidad bancaria). La legislación interna ofrece recursos suficientes para evitar esa vinculación suprimiendo los efectos nocivos de la cláusula nula. En la STS de 9-5-13 no se había hecho reclamación de cantidad y fue a instancia del MF que se precisó la limitación de la retroactividad para evitar el riesgo de devolución de las "ingentes cantidades cobradas", riesgo que no se da en los supuestos

“domésticos”. El propio TS (STS de 29-4-2010) ha acordado la devolución retroactiva en supuestos de nulidad de cláusulas abusivas.

La misma sección en la posterior sentencia de 23-7-2013 sí aplica la retroactividad y los efectos ex tunc de la declaración de nulidad, atendiendo al hecho de que se ejercita acción individual en la que expresamente se interesa la condena al reintegro de las cantidades (a diferencia del supuesto examinado por el TS), no apreciando concurrencia de circunstancia jurídica alguna que permita excepcionar la aplicación del artículo 1303 CC consecuencia de la declaración de nulidad.

El Juzgado mercantil nº 5 de Barcelona (sentencia de 17-6-2013), parte de la imposibilidad para el Juez de efectuar una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario (STJUE 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito), apartándose de los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013 en lo relativo a los efectos de la nulidad, atendiendo a la literalidad dl artículo 1303 CC e indicando que (1) la propia sentencia en sus f.298 a 300 niega la eficacia ultrapartes de la irretroactividad que decreta de los efectos de la declaración de nulidad, (2) en el caso resuelto por el TS no se ejercitó una acción de condena a las partes demandadas sino una acción colectiva de cesación cuyos efectos se proyectan exclusivamente hacia el futuro diferente a la que se dilucida en autos, (3) la dimensión de la reclamación no pone en riesgo la seguridad jurídica ni el orden publico económico.

También la SAP Álava sección 1 de 9-7-2013, resaltando el diferente régimen de la acción individual (arts 8 y 9 LCGC) de la colectiva (art 12, 16 y 19), añadiendo a los argumentos ya expuestos que “no ha habido una situación que ha funcionado durante tiempo sin desequilibrio económico para las partes, porque la cláusula sólo ha operado en perjuicio de una y beneficio de otra, sin que nunca sucediera lo contrario” por lo que no hay “motivo para excluir el efecto que dispone el art. 1303 CC, en tanto que hubo un enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco, frente a otro, el cliente, que carece de justificación porque se basa en una previsión nula -por abusiva y falta de transparencia-, la cláusula suelo”.

En el mismo sentido se pronuncia el JMercantil nº 10 de Barcelona (st de 7-6-2013) desatacando el incumplimiento de los requisitos de la OM de 1994 y el Juzgado de instancia 4 (mercantil) de Orense.

DECIMOCUARTO.- Siendo evidentes las dudas de derecho, teniendo en cuenta que la demanda y la contestación son anteriores a la STS de 9 de mayo de 2013, y que incluso con posterioridad los pronunciamientos de los tribunales en cuanto a los efectos de la nulidad son diverso, no ha lugar a condena en costas.

FALLO

ESTIMANDO la demanda formulada por A.A.A.y B.B.B. contra Caja de Ahorros de Santander y Cantabria (LIBERBANK S.A.):

1.- Declaro la nulidad, por tener carácter de cláusula abusiva, de la estipulación contenida en el préstamo hipotecario celebrado con los demandantes, que establecen un tipo mínimo de interés (en la estipulación de carácter financiero TERCERA BIS de la escritura de préstamo hipotecario realizada ante el notario Juan Carlos García Cortés el día 29 de diciembre de 2009).

2.- Condeno a la demanda a eliminar dicha cláusula del contrato de préstamo

hipotecario suscrito con los demandantes.

3.- Condeno a la demanda a la devolución a los demandantes de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, que serán determinadas en ejecución de sentencia sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en el caso de que la cláusula declarada nula nunca hubiese existido, condenando a la demandada a reintegrar a los demandantes todo lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de intereses, a amortizar en cada préstamo la cantidad que se determine y a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

La presente resolución no es firme.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial.

El recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banesto con el número _____ , consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª LOPJ), especificando en el campo "CONCEPTO" que se trata de un recurso, seguido del CÓDIGO 02 CIVIL-APELACIÓN.