

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº TRES DE ALICANTE SEDE EN ELCHE

Calle Eucaliptus nº 21 AC - 03203 Elche
Teléfono 966917375
FAX: 966917386
Correo electrónico : alme03_ali@gva.es
N.I.G.: 03065-66-2-2015-0000130

**ProNOTIFICADO 21 MARZO 2016
PROCURADORA NIEVES MIRA**

cedimiento: Juicio Ordinario nº 158/15-AS

SENTENCIA Nº 41/2016

En Elche, a 14 de marzo de 2016.

Vistos por mí, el Ilmo. Sr. D. José Luis Fortea Gorbe, magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Alicante, los autos de Juicio Ordinario con número 158/2015-G, en el que es parte demandante doña , que comparece representada por la procuradora doña Nieves Mira Pinós, y asistida por la letrada doña Magdalena Rico Palao, y parte demandada la entidad Banco Mare Nostrum S.A, que comparece representada por el Procurador don , y asistida por el Letrado , habiendo versado el presente procedimiento sobre ACCIÓN INDIVIDUAL DE NULIDAD; en nombre de SM EL REY, dicto la presente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 5 de marzo de 2015, la arriba reseñada como demandante, presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Mare Nostrum S.A, ejercitando acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación y restitución de prestaciones.

SEGUNDO.- Admitida que fue a trámite la citada demanda, se emplazó a la parte contraria para que contestase a la demanda, cosa que hizo la representación procesal de la entidad Banco Mare Nostrum S.A mediante escrito presentado en este Juzgado el día 26 de junio de 2015.

El día 20 de noviembre de 2015 tuvo lugar el acto de la audiencia previa, en el que, ante la falta de acuerdo, se propuso y admitió prueba, fijándose fecha para la celebración de juicio, que finalmente tuvo lugar el día 11 de marzo de 2016, con asistencia de las partes y práctica de la prueba admitida y no renunciada, conforme es de ver en acta; formulándose conclusiones por las partes con el resultado que obra en autos, quedando éstos vistos para sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. En el presente procedimiento, tras la fijación del objeto del proceso en la audiencia previa, queda que la parte demandante ejercita, al amparo del artículo 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC), una acción individual de nulidad encaminada a que esta sentencia declare la nulidad de la cláusula inserta en la estipulación Tercera bis, del contrato de escritura de préstamo hipotecario de fecha 9 de marzo de 2012 (doc. 1 de la demanda, no impugnado), autorizada por la Notario del Ilre. Colegio de Valencia doña , con despacho en Elche, núm. de su protocolo. La citada cláusula contractual reza lo siguiente:

“A efectos de la garantía hipotecaria que se constituye, las modificaciones que se produzcan en el tipo de interés como consecuencia de las revisiones pactadas, no podrán suponer una alteración superior ni inferior en CINCO PUNTOS sobre el inicialmente convenido, mientras que a efectos obligacionales tendrán como límite máximo el CATORCE (14%) POR CIENTO nominal anual y como límite mínimo el CUATRO COMA QUINIENTOS (4,500%) POR CIENTO nominal anual.”

2. Igualmente se mantuvo por la demandante la solicitud de restitución de las cantidades indebidamente percibidas en virtud de la aplicación de la referida cláusula de limitación del tipo de interés aplicable, durante toda la vida del préstamo, más intereses legales de la referida cantidad desde la reclamación.

Tras la audiencia previa, y también más claramente en el acto de la vista, al ser reiterado al inicio y al tiempo de formularse las conclusiones, la

cuestión objeto de la controversia quedó centrada por la actora, en un aspecto meramente jurídico: la superación o no del control de transparencia, en su aspecto de transparencia documental o formal, a los efectos de la declaración de abusividad -o no- de la cláusula suelo.

La actora, en la audiencia previa, formuló pretensión única en la reclamación de las cantidades indebidamente percibidas por la demandada en virtud de la referida cláusula, exclusivamente desde la fecha de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, conforme a la imperante doctrina jurisprudencial.

La demandada –en síntesis- sostuvo la negociación individualizada de la cláusula suelo, su transparencia y su no abusividad.

SEGUNDO.- Legislación y doctrina aplicable.

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

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

4. Esta concepción pactista, plenamente respetuosa con la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1.255 del CC, entró en crisis, cuando se incorporaron a la realidad negocial las condiciones generales de la contratación. En un mundo cada vez más globalizado y siendo necesaria nuevas fórmulas para introducir parámetros de agilidad y flexibilidad en las negociaciones, aparecieron con inusitada fuerza los denominados contratos de adhesión, que eran aquéllos en el que las cláusulas del contrato estaban previamente redactadas por una de las partes, denominado predisponente, y que se incorporaban a los contratos de este predisponente de forma no negociada, de tal forma que el otro contratante únicamente tenía la posibilidad de prestar o no su consentimiento (“take it or leave it”), pero no tenía la posibilidad de influir en su contenido. Desaparece de este modo la negociación individual de las cláusulas, y, en consecuencia, el despliegue de un efecto, como es el de “*pacta sunt servanda*”, llevaba a consecuencias

no deseadas por el legislador, cual era la fuerza obligatoria de una cláusula contractual no negociada, o lo que es lo mismo, la fuerza de una cláusula contractual que no era el fruto de un pacto. Estamos, en definitiva, en la actualidad, ante la proliferación de los denominados contratos de adhesión (en el que la otra parte únicamente ha de prestar o no su consentimiento) o contratos masa (en el que el clausulado se redacta con la finalidad de ser incorporado a una pluralidad de contratos), en el que prima la preponderancia de una de las partes (“bargaining power”) respecto de la equilibrada negociación de las prestaciones. Como indica la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, hemos pasado del diálogo individualizado al “*monólogo de predisposición*”.

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

6.El principio de la autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1.255 del CC (“*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”), que condensaba el aforismo “*pacta sunt servanda*”, se reveló insuficiente como principio rector de una nueva modalidad negociadora en el que la utilización de las condiciones generales de la contratación era cada vez más frecuente, ya que el referido principio partía de la igualdad de posición de las partes contractuales y la negociación en masa se caracterizaba por la desigualdad, en el que una de las partes disponía del “bargaining power”. De esta forma, el legislador comunitario consideró necesario abandonar el carácter liberal de la regulación contractual, e introducir un cierto intervencionismo estatal que reequilibrara la creciente desigualdad de las partes contractuales. Dicho de otra manera, el legislador comunitario consideró que, en ciertos

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

7. Dichos controles conducen a eliminar del clausulado contractual todas aquellas estipulaciones que, por su falta de negociación individual, puedan colocar al consumidor en una situación de perjuicio. Esta expulsión del contrato se produce mediante la declaración de abusividad de una cláusula contractual que conlleve el efecto de su nulidad. De una forma, quizás, más brillante que la mía lo explica la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, cuando indica que *“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (en este sentido SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartado 25; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartado 25; 4 junio 2009, Pannon GSM C-243/08 apartado 22; 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartado 29; 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 apartado 27; 9 noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing , C-137/08 apartado 46; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, C-453/10, apartado 27; 26 abril de 2012, Invitel, C-472/10, apartado 33; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10,*

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

B) Control de transparencia.

8. Antes de entrar a analizar los mecanismos de control introducidos por el legislador comunitario, fundamentalmente el control de transparencia, conviene dejar sentado que la mera utilización de condiciones generales de la contratación no supone "per se" la nulidad de estas cláusulas, ya que únicamente lo será, como explicaré a continuación, si la misma ha de declararse abusiva. De esta forma, debe rechazarse desde este momento que la cláusula objeto de este procedimiento sea nula por no haber sido negociada individualmente, ya que, independientemente de que esta afirmación será objeto de análisis en el fundamento de derecho siguiente, esta conclusión, de resultar probada, nos lleva únicamente a afirmar que concurren los requisitos de una condición general de la contratación (predisposición, imposición y finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos).

Así, la reiteradamente citada STS Pleno de 9 de mayo de 2013 recuerda que: *"Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que "la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad".*

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

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

B.2) Control de incorporación.

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

B.3) Control de transparencia.

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

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

artículo 8 de la LCGC. Dicho de otra forma, la falta de transparencia, en el sentido definido por el TS, únicamente conlleva que pueda extenderse el control de abusividad a una cláusula definitoria de un elemento esencial del contrato.

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

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

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

circunstancias concurrentes en el momento de la firma del contrato respecto de un consumidor medio.

e) Este control de transparencia no supone un control no previsto legalmente, que venga a contradecir la transparencia documental. El ATS de 6 de noviembre de 2013 aclara que el control de transparencia es una construcción jurídica efectuada ya por el propio TS sobre la base de la normativa comunitaria y su interpretación por el TJUE. Así, el citado auto señala que *“este Tribunal se había pronunciado ya en ese sentido, declarando la abusividad de condiciones generales por falta de transparencia (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 834/2009, de 22 de diciembre, y núm. 375/2010, de 17 de junio) y considerando el control de transparencia como distinto del mero control de inclusión, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 406/2012, de 18 de junio (a la que las partes demandadas, en sus escritos de oposición a los recursos de casación, han hecho reiteradas menciones), cuya doctrina es reiterada en la núm. 221/2013, de 11 de abril”*.

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

g) Este control de transparencia no supone la vulneración del sometimiento de los jueces al imperio de la ley, previsto en el artículo 117.1 Constitución Española (en adelante, CE), por el hecho de afirmarse que una sentencia declare la nulidad de una práctica que es respetuosa con la normativa sectorial aplicable, ya que, como señala el ATS de 6 de noviembre de 2013, *“El sometimiento al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución no es el sometimiento a*

lo que consideran las promotoras del incidente se desprende de una Orden Ministerial. Es la vinculación a un sistema jurídico complejo en el que se inserta la Constitución, los tratados internacionales, normas de Derecho interno, muchas de ellas comprensivas de cláusulas generales, y el acervo comunitario integrado por diversos tipos de normas, buena parte de ellas con caracteres de primacía y efecto directo, otras con efecto útil, e interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

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

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

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

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

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

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

a) STS de 24 de marzo de 2015:

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

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

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

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

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

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

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

b) STS de 25 de marzo de 2015: la doctrina sentada en la STS de 9 de mayo de 2013 no depende de que estemos ante una acción colectiva o ante una acción individual, ni tampoco produce efecto de cosa juzgada en sentido positivo, ya que los demandantes de aquel proceso no interesaron la extensión de los efectos ultra vires. No obstante, esto no empece a que sea aplicable a *“todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el TS entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato”*.

c) STS de 29 de abril de 2015: Conforme se dispone en su Fundamento de Derecho 14^a, apartado 6, *“En el caso objeto del recurso, pese a que la cláusula suelo determinaba de un modo relevante el precio del servicio (esto es, el interés remuneratorio), la misma recibió un tratamiento secundario en la información suministrada al consumidor, hasta el punto de que no aparecía en el folleto de la oferta hecha a los mutualistas....En la escritura de préstamo hipotecario, la cláusula se ubicó entre una abrumadora cantidad de datos, dentro los cuales quedaba enmascarada y diluía la atención del consumidor; se encontraba ubicada en un lugar secundario de la reglamentación contractual, y no en un lugar destacado, como por el contrario sí lo tenían menciones como las del importe del préstamo, el plazo de devolución, el tipo del interés remuneratorio de los primeros seis meses, el índice de referencia y el diferencial conforme a los cuales variaría el interés pasados esos seis meses. En la oferta vinculante prevista, se resaltaba en letra mayúscula que los intereses ordinarios eran a tipo variable, pero la información sobre el suelo se encontraba enmascarada entre abundantes informaciones, en una ubicación que no permitía hacerse idea cabal de su significado y trascendencia, ni informar adecuadamente sobre la repercusión que la misma tendría en la economía del contrato. Tampoco se incluían*

simulaciones del comportamiento del tipo de interés en distintos escenarios, que reflejaran la trascendencia que tenía la inclusión de la cláusula suelo, ni se contenía una advertencia clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad”. Concluyendo el TS que “Todo ello impidió al consumidor conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad del tipo de interés, de modo que de forma sorpresiva para la demandante, transcurridos los primeros seis meses, el préstamo a interés variable se convertía en un préstamo a interés mínimo fijo, a un tipo que era incluso superior al fijado para el semestre inicial”.

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

17. Por tanto, si en el caso concreto comprobáramos que la cláusula contractual en cuestión no es transparente, el siguiente paso es analizar si la misma es abusiva por ser contraria a la buena fe, circunstancia que concurrirá si puede acreditarse que, pese a la constancia de los efectos perjudiciales de la señalada cláusula motivada por su falta de transparencia, la entidad demandada ha incorporado la misma a una multitud de contratos, tratando de esta forma de incitar a los consumidores a la prestación del consentimiento. Dicho comportamiento contraría la más elemental exigencia de buena fe que cabe esperar de un competidor leal en el mercado financiero, y, por ende, se revela abusiva por efectuar un desequilibrio no permitido en la distribución de la carga económica.

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

interés fijo), sin que pueda beneficiarse de las eventuales bajadas de los tipos de interés, nos encontraríamos ante una cláusula abusiva por falta de transparencia.

B.4) Control de contenido.

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

20.Respecto de si la cláusula suelo es o no un elemento esencial del contrato, me remito a lo ya afirmado anteriormente. A mayor abundamiento, la SAP Madrid de 26 de julio de 2013 también concluyó que la cláusula suelo objeto de análisis en esta sentencia es un elemento esencial del contrato.

TERCERO.- Valoración de la prueba practicada.

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

A) Negociación individual de las cláusulas contractuales.

22. En el fundamento de Derecho anterior se ha expuesto que corresponde a la parte demandada, como predisponente o empresario, el acreditar que la cláusula objeto de la controversia en este procedimiento fue negociada individualmente; ya que, de ser así, no estaríamos en presencia de una condición general de la contratación y, por tanto, no podríamos desplegar los controles regulados en la normativa comunitaria para el amparo del consumidor. Mediante una valoración en conjunto de la prueba practicada en los presentes –documental y testifical- no se ha demostrado por la entidad demandada –pese a ser fijado como hecho controvertido- la existencia de negociación al respecto de las estipulaciones cuestionadas. La testifical practicada, por declaración de un empleado de la entidad, el Director de la oficina no permite tener por acreditado que la negociación alcanzara las condiciones financieras del préstamo; como se ha evidenciado, estamos ante una situación diametralmente opuesta a una negociación. Por lo que hemos de tener por acreditado que estamos ante una condición general de la contratación y no ante una condición negociada.

B) Control de transparencia.

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

24. Como expuse en la letra B.2) del fundamento de derecho anterior, debe razonarse si ha de entenderse superado el control de incorporación mediante el cumplimiento estricto, de la normativa sectorial.

25. Como argumenta la SAP Jaén (Sección 1ª), de 25 de junio de 2014, *“La detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, que regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés*

no son semejantes al alza y a la baja), garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por el art. 7 de la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor, lo que en definitiva supone el cumplimiento del control o filtro de inclusión”.

En el caso que nos ocupa, el empleado de la demandada que ha testificado sostiene la entrega a la demandante de folleto informativo y de la oferta vinculante, que niega haber recibido la demandada, pues se presenta sin firma; no existe discordancia igualmente entre la realización o no de simulación de escenarios de la cláusula suelo, que el testigo afirma no haber realizado con la prestataria. No obstante, la utilidad de su declaración es francamente dudosa, no solo por su evidente vinculación con la parte, sino también porque no cabe suponer que fuera a recordar la concreta negociación que hubiera tenido con uno de los cientos de prestatarios que hayan podido pasar por la oficina, hace ahora 4 años. La práctica demuestra que esas declaraciones no suelen ir más allá (salvo supuestos concretos y más cercanos en el tiempo) de una referencia a la política habitual en la contratación de tales préstamos, lo que nada diría de la concreta y presunta información en el supuesto individual

Esta carencia de prueba debe jugar contrariamente a la consideración de la superación del control de incorporación, pues corresponde a la demandada acreditar tal extremo, en tanto que predisponente del contrato y obligada al cumplimiento de la normativa sectorial (OM de 5 de mayo de 1994). La falta de acreditación de estas circunstancias implicaría la no superación del propio control de inclusión de la condición general “examinada de forma aislada” en el contrato (en este sentido la SJMercantil nº 9 de Barcelona de 18-6-2013). Ahora bien, aun ante las dificultades de prueba, no debe caerse en automatismos propios de otros sectores de nuestro ordenamiento, y por ello, entendemos que tal *status probatorio* obsta a la realización del control de transparencia de la propia estipulación cuestionada, al no circunscribirse a la concreta cláusula en forma aislada, sino en el marco del contrato de adhesión, considerado éste en su totalidad.

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

De ahí que el análisis deba efectuarse en el momento en el que se celebra el contrato y teniendo en cuenta el canon de un consumidor medio. En efecto, si se acredita que en el caso concreto el cliente bancario disponía de un bagaje intelectual, por su formación, por las explicaciones ofrecidas del producto o por la comprensibilidad real de la cláusula contractual, suficiente como para representarse la carga jurídica que asume y no frustrar de manera injustificada las legítimas expectativas que le cabía esperar del contenido normativo de un contrato, entonces podremos afirmar que la cláusula, si bien puede que no sea transparente, no es abusiva, por no afectar a la buena fe que deben presidir las relaciones contractuales, pero esto es un paso más dentro del análisis a efectuar y que no se corresponde con el de este párrafo. No es que efectivamente el consumidor comprendiera la trascendencia de la cláusula dentro del funcionamiento económico del contrato, o su posición dentro del reparto de cargas económicas, sino que, con atención a las circunstancias concretas del consumidor, la cláusula fuera más o menos apta para transmitir esta información.

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

28. La STS Pleno de 9 de mayo de 2013 apunta una serie de factores que considera que explican la aptitud de las denominadas cláusulas suelo para influir erróneamente en su comprensibilidad intelectual, entre los que

se encuentra, sin ser un factor necesario ni imprescindible, la existencia de una cláusula techo que pueda actuar como señuelo o apariencia de contraprestación. Ahora bien, alguno de los factores apuntados por la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 sí que concurren en el caso presente, ya que ni se han aportado al acervo probatorio elemento que acredite este extremo ni resulta del contenido de la escritura que se haya explicado de forma suficientemente clara que nos encontramos ante un elemento definitorio del objeto principal del contrato; ni se ha acreditado ni acompañado a autos ninguna prueba de que se hubieran efectuado simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; ni, finalmente, consta en la causa que se haya informado de forma clara y comprensible sobre el coste comparativo de las distintas opciones financieras. Analicemos estos factores:

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

b) Falta de acreditación de que se hayan efectuado simulaciones de escenarios que hicieran comprensible el funcionamiento de la cláusula suelo: no contamos en autos con las explicaciones de las bonificaciones y de las simulaciones de la evolución probable de los tipos de interés. No contamos en autos con estos citados gráficos, ni las explicaciones de la verdadera incidencia de la cláusula suelo en la fijación o determinación del precio. Ni siquiera se ha defendido que se explicó la incidencia de la cláusula suelo sobre el importe del precio, ni que se efectuaran gráficos respecto de esta incidencia. Sí que atañe al objeto de la controversia que la

cláusula fuera apta para transmitir la información acerca de la verdadera carga económica de una determinada obligación y el hecho de que se afirme que el demandante aceptó la cláusula suelo porque pensaban que subirían los tipos de interés sin especificar las explicaciones dadas, los escenarios formulados ni los gráficos empleados, únicamente contribuye a confirmar la nula aptitud de la cláusula para transmitir esa correcta información respecto de la carga económica del contenido normativo del contrato.

c) Falta de constancia del coste comparativo de las opciones o alternativas financieras: tampoco obra en autos ningún elemento probatorio que acredite que se analizó el coste económico de las alternativas que se dicen haber debatido, como el tipo fijo o el tipo variable sin tope. Simplemente, mediante la abrumadora profusión de datos relativos a los diferenciales y bonificaciones, se enmascaró la presencia de una cláusula que por sí misma no era apta para proporcionar información suficiente sobre la correcta correlación económica y jurídica de las contraprestaciones. Además, no puede afirmarse que concurren los mismos elementos que en el voto particular de la STS Pleno de 8 de septiembre de 2014 para considerar que la cláusula es transparente, ya que:

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

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

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

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

C) Control de abusividad.

30.La mera utilización de una condición general de la contratación que no sea transparente no implica la consecuencia automática de que ésta sea nula por abusiva, sino que es necesario que el predisponente o empresario la haya utilizado en contra de las exigencias de la buena fe. Esta utilización de mala fe puede atisbarse en aquellos casos en que siendo una cláusula contractual no transparente, la actuación del predisponente no ha ido encaminada a superar la falta de aptitud de la cláusula para comprender intelectualmente su incidencia en la distribución de las cargas del contrato. Dicho de otro modo, se dará esta abusividad cuando se ha contratado de tal manera que el consumidor o el adherente no ha podido adquirir el conocimiento real del equilibrio de riesgos derivado del contrato, aprovechando el predisponente o empresario esta aptitud de la cláusula para concertar unas condiciones contractuales que de otra forma no hubiera conseguido. Dada la nula prueba aportada respecto de la concreta explicación de la trascendencia de la cláusula suelo respecto del elemento principal objeto del contrato, hemos de concluir en su utilización contraria a las exigencias de la buena fe.

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

“263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el IBE"[...] depende de las

expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes".

264. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula sueloprevisible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza."

32.En virtud del extenso razonamiento anterior procede estimar la acción individual de nulidad. Nos centraremos a continuación en las consecuencias de su nulidad.

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

34.Lo anterior no implica que no pueda subsistir el contrato sin la cláusula contractual declarada nula, siempre que su supresión no afecte a la esencia del contrato. En este punto, conviene diferenciar, como hizo la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, entre un elemento esencial del contrato, que afecta al contenido normativo del mismo, y el objeto principal del contrato, de tal forma que si nos encontramos ante un elemento definitorio del objeto principal del contrato, su supresión no toca de muerte a la viabilidad del contrato, salvo que tenga un carácter esencial que la STS no le ha reconocido. En efecto, y en esto concuerdo con la doctrina del TS, el elemento definitorio esencial del precio es el tipo de interés, siendo que el límite del tipo de interés afecta al objeto principal del contrato, el precio, pero no de una manera esencial, sino meramente accesoria. Precisamente

porque la falta de transparencia de la cláusula contractual impide adquirir al consumidor el cabal conocimiento de que lo que era un elemento accesorio (límite de un tipo variable) se ha convertido en un elemento esencial (tipo fijo) es por lo que se ha declarado nula esta condición general de la contratación. En consecuencia, puede subsistir el contrato sin la denominada cláusula suelo.

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

36. Definida así la ineficacia diseñada por el legislador comunitario, no podemos acudir a la categoría tradicional de ineficacia contractual, que distinguía entre la nulidad total o de pleno derecho, y la nulidad relativa o anulabilidad. En el caso de la nulidad diseñada por la Directiva 93/13, ésta más que ser hábil para imbuirse en el concepto de invalidez (cuando el vicio es intrínseco al negocio (defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud)), puede incluirse de lleno en el concepto de ineficacia en sentido estricto (cuando por otra razón el negocio no produce efectos, por circunstancias

extrínsecas, incluso por un no querer de las partes). De esta manera, si comprendemos la sutil diferencia entre invalidez contractual y la ineficacia en sentido estricto, podremos entender la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, cuando al exponer el carácter retroactivo o irretroactivo de la declaración de nulidad de la denominada “cláusula suelo”, afirma que estas cláusulas son lícitas (por cuanto que son válidas, al no sufrir vicio estructural alguno), si bien deben ser expulsadas del clausulado por ser nulas por abusivas. Recordemos que la citada STS Pleno de 9 de mayo de 2013 señala claramente que *“Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas”*.

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

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

39. Consecuentemente, habrá de estarse al criterio del Tribunal Supremo, manifestado en la STS (1ª) de 25 de marzo y 29 de abril de 2015, al que se ha aquietado la parte actora en la audiencia previa, y que fue ratificado como tal al tiempo de elevarse a definitivas las conclusiones, en lo que se refiere a las cantidades indebidamente cobradas con posterioridad a la publicación de la STS Pleno de 9 de mayo de 2013; postura que se justifica en que la interposición de la demanda (5 de marzo de 2015) lo fue con antelación a la efectiva publicación de las antecitadas resoluciones, que reiteraron el criterio de la STS de 9 de mayo de 2013. Lo que determina la

estimación íntegra de la demanda, máxime si conocemos la vocación universalizadora de aquella citada sentencia, expuesta en la eficacia “ultra vires” y “erga omnes” de sus parágrafos 298 a 300. Y ello por cuanto que este tribunal considera que la limitación del efecto devolutivo produzca de facto una integración del contrato, evitando el efecto disuasivo buscado por el TJUE. Esto es así, en primer lugar, por cuanto que la limitación del efecto devolutivo no deja de ser más que una limitación, pero en ningún caso puede considerarse como una integración o moderación contractual, ya que no supone la aplicación de una cláusula contractual o norma legal alguna; en segundo lugar, porque el propio TJUE ha permitido esta limitación del efecto devolutivo, por lo que no puede afirmarse que el TJUE va en contra del propio objetivo que el TJUE persigue con sus sentencias; y, en tercer lugar, porque la integración o modificación hace referencia a la integración de una laguna contractual, mientras que en el caso presente la cláusula es expulsada del contrato, y lo que se limita es el efecto devolutivo propio de la doctrina del enriquecimiento injusto, pero no la aplicación de ninguna cláusula contractual. En consecuencia, procede la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula declarada nula en esta sentencia, a partir del día de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, integrándose los correspondientes intereses legales conforme al artículo 1.108 del CC, desde la reclamación judicial.

CUARTO.- Costas procesales.

La estimación íntegra de la demanda conlleva, conforme al criterio del vencimiento del artículo 394 LEC, a la imposición de las costas procesales a la demandada.

F A L L O

Que con ESTIMACIÓN ÍNTEGRA de la demanda presentada por doña _____, que comparece representada por la procuradora doña Nieves Mira Pinós; y parte demandada la entidad Banco Mare Nostrum S.A, debo:

1) DECLARAR Y DECLARO la nulidad por abusiva de la cláusula segunda, del contrato de escritura de préstamo hipotecario de fecha 9 de marzo de 2012 (doc. 1 de la demanda, no impugnado), autorizada por la Notario del Iltr. Colegio de Valencia doña _____, con despacho en Elche, núm. _____ de su protocolo. La citada cláusula contractual reza lo siguiente:

“A efectos de la garantía hipotecaria que se constituye, las modificaciones que se produzcan en el tipo de interés como consecuencia de las revisiones pactadas, no podrán suponer una alteración superior ni inferior en CINCO PUNTOS sobre el inicialmente convenido, mientras que a efectos obligacionales tendrán como límite máximo el CATORCE (14%) POR CIENTO nominal anual y como límite mínimo el CUATRO COMA QUINIENTOS (4,500%) POR CIENTO nominal anual.”

2) CONDENAR Y CONDENO a la entidad mercantil Banco Mare Nostrum S.A. a devolver a las cantidades percibidas en virtud de la cláusula declarada nula a partir de la fecha de publicación de la STS (1ª) de 9 de mayo de 2013, con sus intereses legales desde la fecha de interpelación judicial, y hasta su efectiva inaplicación.

Se imponen las costas a la parte demandada.

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

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

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