

**Roj:** SAP J 299/2014  
**Órgano:** Audiencia Provincial  
**Sede:** Jaén  
**Sección:** 1  
**Nº de Recurso:** 201/2014  
**Nº de Resolución:** 126/2014  
**Fecha de Resolución:** 27/03/2014  
**Procedimiento:** CIVIL  
**Ponente:** MARIA FERNANDA GARCIA PEREZ  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

## **Encabezamiento**

### **SENTENCIA Nº 126**

ILTMAS. SRAS.

PRESIDENTA

D<sup>a</sup>. Elena Arias Salgado Robsy

MAGISTRADAS

D<sup>a</sup> María Esperanza Pérez Espino

D<sup>a</sup>. María Fernanda García Pérez

En la ciudad de Jaén, a veintisiete de Marzo de dos mil catorce.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario seguidos en primera instancia con el nº 284 del año 2013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, **rollo de apelación de esta Audiencia nº 201 del año 2014**, a instancia de **D<sup>a</sup>**, representada en la instancia y en estaalzada por el Procurador D. Antonio Cobo Simón, y defendida por el Letrado D. Manuel Luis Gutiérrez Calderón; contra **CAJA GENERAL DE GRANADA (BANCO MARE NOSTRUM S.A.)** representado en la instancia y en esta alzada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Teresa Benítez Garrido, y defendido por el Letrado D. José Moreno Aguilera.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la *Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén con fecha 17 de Diciembre de 2013*.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: "Que estimando la demanda presentada en representación de D<sup>a</sup> contra CAJA GENERAL DE AHORROS DE GRANADA (BANCO MARENOSTRUM)debo 1/ declarar la nulidad de la estipulación que establece en el contrato del que se deriva la presente demanda, el límite a las revisiones del tipo de

interés de un mínimo aplicable de un 3'50% y cuyo contenido literal es: "en cualquier caso, la caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer como mínimo al tipo del 3'5% nominal anual; y como máximo al tipo del 14% nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca. 2/ Condene a la demandada: a eliminar dicha condición del contrato de préstamo suscrito con la demandante; a la devolución de la cantidad de 12.718'20 euros, abonada de más como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con los intereses devengados desde la fecha de cada cobro; a la devolución de las cantidades que se vayan pagando de más por aplicación de la referida [cláusula suelo](#) , desde el día 31/10/13, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, y hasta la resolución definitiva del pleito".

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandada Banco Mare Nostrum S.A. en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso.

**TERCERO.-** Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición por la parte demandante, D<sup>a</sup> , remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 1<sup>a</sup> se formó el rollo correspondiente y personadas las partes quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día 19 de Marzo de 2014 en que tuvo lugar, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.

Siendo Ponente la Ilma Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. María Fernanda García Pérez.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** Contra la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de limitación a la revisión del tipo de interés, al fijarse un tipo mínimo del 3,5 % y un máximo del 14 % nominal anual en el préstamo hipotecario suscrito por la prestataria con el Banco Mare Nostrum, condenando a éste a que elimine dicha condición del contrato de préstamo y a la devolución de la cantidad de 12.718,20 euros, abonada de más como consecuencia de la aplicación de la misma, con los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y a las que se vayan pagando de más a partir del 31 de octubre de 2013 con sus intereses, al estimarse que la referida [cláusula suelo](#) -techo es una condición general no negociada individualmente, no transparente y abusiva, por lo que declara su nulidad con efectos retroactivos, interpone recurso de apelación el banco prestamista, basado en dos motivos: error en la apreciación de la prueba, respecto a la consideración de la cláusula impugnada como condición general de la contratación, sobre la apreciación de la falta de transparencia, y sobre la valoración de la condición de Magistrada de la prestataria, y como segundo motivo, infracción de la doctrina contenida en la *STS de 9 de mayo de 2013* sobre la irretroactividad de la nulidad declarada.

A dicho recurso se opuso la demandante, alegando que el banco no ha acreditado que se hubiese informado, negociado ni aceptado tal cláusula al no haberse aportado documentación de negociaciones previas a la firma de la escritura, al habersele facilitado el denominado "certificado de concesión" del préstamo después de

su firma, por lo que al no haber información previa no hubo aceptación libre y voluntaria, siendo además abusiva por la falta de reciprocidad entre el suelo y el techo de variabilidad del tipo de interés al beneficiar sólo a la entidad financiera, por lo que considera que debe confirmarse la declaración de nulidad con los efectos retroactivos que establece el *art. 1303 Cc* .

### **Segundo.- Primer motivo: error en la valoración de la prueba.**

Denuncia la apelante la dificultad probatoria a la que se enfrenta la entidad de crédito cuando bajo el pretexto de la aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba, en defensa del consumidor en los contratos con empresarios y profesionales, esa carga se convierte en insuperable al exigirle hoy una prueba documental de la negociación individual de la cláusula que conforma el tipo de interés a pagar en relación con las negociaciones efectuadas años atrás (2006 y 2007) cuando no se conocían los criterios de transparencia sentados por el TS, debiéndose permitir a la apelante valerse de la documental que disponga para acreditar el cumplimiento de las normas de transparencia vigentes al momento de la comercialización del préstamo -OM de 5 de mayo de 1994-, testifical de los empleados que negocian la operación y la prueba de presunciones, considerando que en el caso concreto no se ha efectuado una valoración lógica y razonable, lo que articula en una serie de argumentos que desarrolla a continuación.

Antes de analizarlos, conviene recordar el especial deber de información que debe presidir la contratación crediticia y, en general, la bancaria debiendo las entidades que operan en este ámbito dotar de claridad y transparencia a las operaciones que realizan, por la especial complejidad que presenta el sector financiero y la contratación en masa, pesando sobre ellas la carga de probar el cumplimiento de ese deber.

En concreto, la carga de la prueba de que una cláusula contractual como la impugnada no es una condición general de la contratación, es decir, que no estaba preredactada para una pluralidad de contratos, sino negociada de forma individual, recae sobre el empresario cuando se trata de contratos con consumidores pues, en estos casos, se aplica el *art. 82.2 del TRLCU* que dispone que " *el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba*". En el mismo sentido el *art. 3.2 de la Directiva 93/33* .

Por ello, lo que se le exige al Banco es que acredite que la [cláusula suelo](#) techo incluida en el préstamo hipotecario suscrito por la demandante fue conocida y aceptada libre y voluntariamente por ésta al suscribir el préstamo, es decir, que ha cumplido el deber de información y transparencia, para lo cual ha aportado prueba documental (escritura y certificado de concesión del préstamo) y testifical (empleada del banco) que ha sido valorada como insuficiente por el Magistrado de instancia, y que esta Sala comparte, sin que pueda aceptarse el alegato genérico del apelante de que se le está exigiendo una prueba diabólica, dada la mayor facilidad probatoria de la entidad (217.7 LEC) para aportar la documentación que obre en el expediente de contratación, por lo que si no lo ha hecho esa falta de prueba debe pesar en su contra, pues otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura, esta vez sí, una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia *STS 44/2012*, de 15 de febrero de 2012 , RC 93 2009, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva.

En el análisis de los argumentos desplegados para sustentar el error en la valoración de la prueba, seguiremos la doctrina contenida en la *STS de Pleno de 9 de mayo de 2013*, que los aborda y resuelve, si bien en el marco de una acción colectiva de cesación de las cláusulas suelo contenidas en los préstamos hipotecarios otorgados por las entidades bancarias contra las que se dirige, que es aplicable aun siendo en este caso la ejercitada una acción individual de nulidad.

### **1. Sobre la errónea consideración de la cláusula suelo impugnada como condición general de la contratación .**

Sostiene el apelante que la *cláusula suelo* fue individualmente negociada con la actora, ello en base a la testifical de Dña. Amanda, empleada del Banco, quien manifestó en juicio que se le ofrecieron a la demandante alternativas que pasaban por un diferencial más elevado o un tipo fijo y que prefirió un diferencial menor aun con un suelo del 3,50 % en una época en que el euríbor estaba en el 4,66 %.

Según el artículo 1 de la LCGC: "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de incorporarlas a una pluralidad de contratos".

Los requisitos que debe reunir una cláusula para que tenga la consideración de condición general, según recoge la *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013*, son: "a) Contractualidad: Se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva de una norma imperativa que imponga su inclusión; b) Predisposición: La cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto de! consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión; c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse" (parágrafo 137). Siendo irrelevante: 1) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y 2) Que el adherente sea un profesional o un consumidor (138).

Las cláusulas suelo tienen el carácter de condiciones generales de la contratación, aun cuando se refieran y definan el objeto principal del contrato, cual es el precio a pagar por el prestatario, siempre que hayan sido impuestas y no negociadas, y aun cuando por regla general no pueda examinarse la abusividad de su contenido, sí están sometidas a un doble control de transparencia.

Se establecen como criterios esenciales en los fundamentos jurídicos séptimo a undécimo:

a) Las cláusulas suelo afectan al objeto principal del contrato en tanto forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario por el dinero que recibe.

b) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que ésta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

c) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta, como la **cláusula suelo**, debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

d) La carga de la prueba de que la citada cláusula no es una condición general de la contratación, es decir, que no estaba prerredactada o destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario (art. 82.2 TRLDCU).

e) En todo caso, la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud, porque 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"*.

e) Consecuentemente, las cláusulas suelo no son contenidos contractuales, por naturaleza, ilícitos. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal de! contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos.

f) Por tanto, si bien el contenido del contrato relativo a su objeto principal y, por tanto, también lo concerniente al precio, no puede ser objeto de un control de contenido por la vía de la legislación da las condiciones generales de contratación, tal y como deriva del *artículo 4-2 de la Directiva 63/13/CEE* ("la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato), y ello ante la necesidad de respetar la libertad de precios en el marco de una economía de mercado, ello con la excepción de que... dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Es decir, en el caso de contratos con consumidores, la condición general para ser válida debe superar un doble control, el de inclusión y el de transparencia.

En el caso concreto, de la prueba practicada ha de concluirse que la **cláusula suelo** techo impugnada es una condición general, prerredactada por la propia entidad apelante, destinada a ser incorporada a una generalidad de préstamos hipotecarios como el de autos, y no negociada individualmente.

Ello resulta así del examen de la documental, consistente en la escritura pública y certificado de concesión del préstamo y de la testifical de la empleada del banco.

En la escritura pública de préstamo hipotecario de 30 de agosto de 2007, en el apartado D) de las condiciones financieras del préstamo, denominado Intereses Ordinarios, se establece que hasta la fecha de 29 de febrero de 2008 se aplicará el tipo de interés nominal fijo del 5 %, y a partir de dicha fecha será el variable, fijándose como índice referencial el tipo medio interbancario a un año más un diferencial de 0,90 puntos, que podría reducirse hasta 0,50 puntos, por bonificación al contratar otros

productos, índice referencial sustitutivo, período de revisión semestral, y al final en el último apartado la introducción de la cláusula impugnada, en los siguientes términos: "En cualquier caso, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer intereses, como mínimo, al tipo del 3,50 % nominal anual; y como máximo al tipo del 14 % nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca" .

Alega el apelante que dicha cláusula era conocida por la prestataria y fue negociada con ella, pues desde que se le concedió en julio de 2006 un crédito por 36.000 euros para hacer frente a los pagos a la promotora hasta fin de obra, póliza que quedó cancelada el día del otorgamiento del préstamo hipotecario y su importe incluido en éste, tuvo tiempo suficiente para negociar las condiciones, encontrándose además incluida la [cláusula suelo](#) en el certificado de concesión de préstamo que aporta, emitido por la entidad con veintiún días de antelación a la firma de la escritura, en el cual y al final se dice que la prestataria podrá examinar la minuta del préstamo hipotecario en la Notaría.

Ahora bien, el referido certificado de concesión, no oferta vinculante como se le denomina, no consta firmado por la prestataria por lo que no puede considerarse probado que se le entregase en el día de su fecha, y el Sr. Pedro Miguel manifestó que se le explicó a aquella las condiciones de camino a la notaría, lo que no garantiza tampoco que esa información o conocimiento alcanzase hasta la [cláusula suelo](#) . La demandante alega que ese certificado se le entregó al mes siguiente de la firma del préstamo y no hay prueba que acredite que fue con anterioridad a la firma de la escritura.

La empleada del banco Sra. Amanda manifestó en juicio que se le ofrecieron alternativas de un tipo fijo o un diferencial más elevado eligiendo la prestataria un diferencial menor aun con un suelo del 3,50 %.

Sin embargo, el TS también aborda este tema (a partir del párrafo 148), interpretando el *art. 3.2 de la Directiva 93/13* (al que hay que acudir dado que el art. 1 de la LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de una condición general a una de las partes), cuyo tenor literal es "[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión", en el sentido de que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predisuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato. Tampoco se exige que se incorpore a todos los contratos ni una conducta activa del consumidor tendente a evitar esa cláusula. Y que no debe confundirse "imposición del contenido" del contrato con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo. Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un "cliente cautivo" por la naturaleza de las relaciones mantenidas por



los consumidores con "sus" bancos que minoran su capacidad real de elección.

La prestataria en este caso obtuvo de la entidad bancaria un crédito puente para hacer frente a la cantidad de 36.000 euros exigida por el promotor hasta el final de obra, el cual se canceló con la suscripción del préstamo hipotecario incluyendo su importe en él, por lo que concurre en ella la condición de cliente cautivo, sin capacidad real de comparación de ofertas con otros bancos pues si no firmaba tendría que pagar al banco la cantidad prestada inicial.

Y eso es una realidad que recoge el Alto Tribunal cuando dice que es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a que alude artículo 9 del TRLCU, en el que se cumple el fenómeno de "take it or leave it" -lo tomas o lo dejas-. Entre ellos, se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados, y, de hecho, la citada OM de 1994 parte de que el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas. De ahí que imponga determinados deberes de información a las prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura.

Por tanto, hemos de concluir que la **cláusula suelo** es una condición general de la contratación al ser una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos, que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente, sino impuesta por la entidad crediticia a modo de "oferta irrevocable" por lo que puede entrarse en el análisis de su abusividad.

## **2.Sobre la errónea apreciación de falta de transparencia en la **cláusula suelo** impugnada.**

Las cláusulas suelo deben superar el control de inclusión en el contrato (cómo se incorporan al contrato y si son claras) y además el control de transparencia cuando están incorporadas a contratos con consumidores (qué información se le dio al cliente tanto de forma previa como en el momento de la contratación, para determinar si era o no consciente de las consecuencias económicas y jurídicas de la inclusión de la cláusula en el contrato).

En cuanto al control de inclusión, el vigésimo considerando de la Directiva 93/13 indica que " [...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]", el artículo 5 dispone que "[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensibles", y el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles".

En nuestra normativa interna, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación al contrato 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" -, y 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 [...]"-*

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.

Ahora bien, cuando las condiciones generales estén incluidas en contratos con consumidores es necesario además que superen el control de transparencia. Como señala el artículo 80.1 TRLCU *"[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido"*.

Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por la *STS 406/2012, de 18 de junio*, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas 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.



En resumen: a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente; b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de "su importancia en el desarrollo razonable del contrato".

Concluía el TS en un supuesto similar al de autos, en el que se examinaba la [cláusula suelo](#) techo, (si bien la acción ejercitada es una acción colectiva de cesación), que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

Así, declara que "pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia (apartado 217 de dicha sentencia). Y se añade (apartado 218): " La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con [cláusula suelo](#) previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor". " Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la [cláusula suelo](#) en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo" (apartado 219). Y a modo de conclusión se dice que "las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores (apartado 223). " 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...de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza (apdo. 224).

Y para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes enumera una serie de parámetros a tener en cuenta (parágrafo 225):

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

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

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

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo

con otras modalidades de préstamo de la propia entidad - caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

Finalmente, para que una cláusula no negociada sea abusiva es necesario que sea contraria a la buena fe y suponga un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor

El artículo 3.1 de la Directiva 93/ 13 dispone que "*[l]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*". A su vez el artículo 82.1 TRLCU dispone que "*[s]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*".

Pues bien , l as cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

Por tanto, la **cláusula suelo** será abusiva cuando suponga un desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos. Así lo dispone expresamente la sentencia de pleno referida: "263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto". Debiendo tomarse como referencia para hacer ese control de abusividad tanto el momento de celebración del contrato como las circunstancias concurrentes y demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva [...] *el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa*" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71), y el artículo 82.3 TRLCU "*[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*". Y también debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales, así lo impone el considerando decimotercero de la Directiva 93/13 según el cual "*[l]a naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales*", y el tenor del art. 4.1 "*[s]in perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes*

*o servicios que sean objeto del contrato [...]" y también el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato [...]. Y este desequilibrio puede darse incluso en contratos que no contienen obligaciones recíprocas como es el préstamo.*

Así, sigue en el párrafo 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 suelo** previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza".

En el caso de autos, la sentencia de instancia ha considerado que la cláusula impugnada (suelo del 3,50 % y techo del 14 %) es nula por falta de transparencia e información suficiente a la actora sobre su contenido y sobre sus efectos reales en el ámbito del propio contrato, al no constar la existencia de previa oferta vinculante ni que la actora tuviera a su disposición el borrador del contrato antes de firmar, ni simulaciones previas en relación a la evolución del euríbor, la cláusula aparece entre otra multitud sin destacar, y la mera lectura notarial de la escritura no supuso efectivo conocimiento.

Alega el recurrente que no hay falta de transparencia relativa a la ubicación y redacción de la cláusula, al estar incluida dentro del apartado de los intereses en párrafo separado y ser fácilmente entendible máxime para una profesional del derecho, y tampoco falta de información, al haberse emitido por la entidad una oferta vinculante previa con todas las condiciones, a pesar de no ser obligatoria en dicha fecha, no ser creíbles las manifestaciones Don. Pedro Miguel respecto a que se le explicaron a la actora las condiciones en el camino que media entre la oficina y la notaría, constar en la escritura la advertencia expresa del Notario sobre tal cláusula, y haberse afirmado por la Directora que le hizo a la prestataria simulaciones con escenarios diversos de subida y bajada del euríbor.

Pues bien, esta Sala comparte la apreciación del Magistrado de Instancia respecto a la nulidad de la **cláusula suelo** por falta de transparencia.

Sometida, en primer lugar, al control de inclusión, si bien la cláusula en sí misma, aisladamente considerada, es clara, en tanto extraído el último párrafo del apartado de los intereses contenido en la escritura ("en cualquier caso, la caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer intereses, como mínimo, al tipo del 3,50 % nominal anual; y como máximo al tipo del 14 % nominal anual, cualquier que sea la variación que se produzca") es entendible por un consumidor medio, sin embargo, no queda debidamente acreditado que el Banco haya cumplido las exigencias informativas impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994, con las que se pretende garantizar que la cláusula se ha incluido válidamente en el préstamo, y así como antes se ha expuesto, la entidad crediticia tiene el deber de entregar al cliente un folleto informativo, al que sigue una oferta vinculante con las condiciones financieras, dar la posibilidad al cliente de examinar la escritura en los tres

días anteriores y formalizar el préstamo en escritura pública, y el Notario está obligado a informar a las partes sobre las circunstancias del interés variable y si hay limitaciones a la variación del tipo de interés y si son o no semejantes tanto al alza como a la baja; y ello por cuanto no consta que se hubiera entregado por el banco a la actora folleto informativo, según se manifiesta por el Sr. Pedro Miguel (marido de la actora) como por la Directora Sra. Amanda, la actora acudió a solicitar financiación para adquirir una vivienda, pactándose la concesión de un crédito puente por 36.000 euros, con garantía personal, en julio de 2006, para hacer frente a unos pagos a la promotora hasta final de obra, que se cancelaría a la firma del préstamo hipotecario incluyéndose aquel importe en éste; tampoco consta oferta vinculante, si bien sí se aporta un certificado de concesión, que la entidad considera es lo mismo, en el que se incluye efectivamente la [cláusula suelo](#), pero basta examinar el documento para darse cuenta que no se le da la importancia que tiene en tanto lo que se resalta en mayúscula es el interés de referencia, variable, al que se añade un diferencial de 0,90, y la limitación a esta variación en el último apartado, sin resaltar ni en mayúscula ni en negrita, cuando en realidad es lo que va a determinar el precio o cuota a pagar por la prestataria, y este certificado emitido el día 9 de agosto de 2007, no consta que se le hubiese entregado a la actora en esa fecha, siendo en este punto contradictoria la manifestación de la Directora que lo afirma, manifestando además que la prestataria no tenía que firmarlo -37:32- y la Don. Pedro Miguel que lo niega -9:25-, manifestando que le entregaron tal documento por parte de la gestoría un mes después de firmar en la Notaría, debiendo considerarse como no probada esta información previa de las condiciones, pues esta prueba correspondía a la entidad; por último, tampoco consta que se hubiese dispuesto el borrador de la escritura a disposición de la prestataria tres días antes de la firma, y, finalmente, si bien ha de suponerse que el Notario hizo lectura de la escritura, según Don. Pedro Miguel fue una lectura diagonal, rápida, haciendo mención al tipo fijo del 5% durante los seis primeros meses, lo que les llamó la atención, pues según añadió lo que habían hablado era interés variable más un 0,50 por los productos contratados -19:00-, en todo caso, la intervención notarial en el otorgamiento de la escritura pública no suple la falta de negociación individual, siendo un hecho notorio que las escrituras de préstamos se redactan conforme a las minutas que facilitan las entidades de crédito, y, en este caso, el certificado de concesión es el que sirvió de base a tal redacción, al ser enviado a la notaría como declaró la Directora. Por tanto, no podemos ni siquiera afirmar que se hubiera superado este primer nivel de inclusión, no obstante, y aunque así fuera, el cumplimiento de la normativa sectorial bancaria no puede impedir el control de transparencia o abusividad a la luz de la LCGC y TRLCU.

Y este control de transparencia no lo cumple la examinada, atendidos los parámetros establecidos en la *STS de 9 de mayo de 2013*, y concurriendo casi todos los indicados, si bien no es necesario, porque como aclaró el auto de 3 de junio de 2013 "constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas, y que no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, ni determina que la presencia aislada de alguna o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse transparente a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo",

Al contrario de lo que se alega, la [cláusula suelo](#), tal y como está redactada e inserta dentro del apartado dedicado a los intereses ordinarios, no es clara y comprensible, dado que se enmascara dentro de la cláusula de intereses, fijándose un tipo mínimo fijo cuando se ha creado primero la apariencia de que tras el interés inicial del 5 % los seis primeros meses, el interés era variable, referenciado al tipo medio

interbancario a más de tres años al que se adiciona 0,90 puntos, cuando no lo es, al establecerse más adelante en el último párrafo un tipo mínimo del 3,5 % y un tipo máximo del 14 %, por lo que en realidad se está contratando un préstamo con interés fijo mínimo, que hará ilusorias las expectativas de los actores en caso de bajar el tipo de referencia por debajo de ese tipo mínimo. Sin que pueda considerarse que esté destacada por el mero hecho de estar en negrita los tipos de interés, como también lo están el resto de los tipos e índices, de manera que con la salvedad del establecimiento de un tipo fijo inicial, que viene resaltado todo el párrafo en negrita, de ahí que según manifestó Don. Pedro Miguel fuera lo único que resaltó el Notario el la lectura que les hizo, la [cláusula suelo](#) está postergada, al final sin destacar, sin darle la relevancia que tiene, en tanto se refiere a un elemento esencial del contrato como es el precio, sino introducida de forma secundaria y confusa, y sin que la advertencia contenida al final de la escritura "los límites a la variación del tipo de interés pactado no son semejantes al alza y a la baja de lo que yo, el Notario, advierto a los otorgantes", supla la falta de transparencia, al no poder derivarse hacia el Notario un deber de información que sólo correspondía cumplir al Banco, y que aquél no está obligado a suplir.

Por tanto, concurren varios de los parámetros señalados en la *sentencia de 9 de mayo de 2013* : oferta como interés variable cuando en realidad es un tipo fijo mínimo y tratamiento secundario en el contrato al ir enmascarada entre un conjunto de datos que impide conocer exactamente cuánto tendrá que pagar el prestatario.

Pero es que además la entidad bancaria no ha acreditado que haya dado una información adecuada y suficiente a la prestataria que permitiera a la misma conocer la existencia de la cláusula y su incidencia al momento de ir a contratar, sin que al efecto haya practicado prueba alguna, pues aun cuando la Directora Sra. Amanda manifestó en juicio a partir del minuto 30 que hubo negociaciones, estando presente su marido Don. Pedro Miguel , y que ella le explicó a la prestataria todas las condiciones financieras, incluida la [cláusula suelo](#) , haciendo simulaciones de diferentes escenarios con subidas y bajadas del euríbor, y una vez aprobadas por la Entidad le fueron entregadas a la prestataria, el llamado certificado de concesión, igual a una oferta vinculante, esta Sala no considera acreditado que se hubiera cumplido tal deber de transparencia, pues alegado por la actora que lo hablado con la Directora fue que el crédito puente quedaría vinculado e integrado con el préstamo hipotecario y que éste tendría un tipo fijo del 5% los seis primeros meses y después variable más un 0,40, la entidad, sobre quien recaía la carga de la prueba, no ha aportado documentación que sustente sus alegatos, sólo el certificado de concesión del préstamo, fechado 21 días antes de la firma de la escritura pero sin que conste que se le hubiera entregado a la prestataria en dicha fecha ni antes de la firma, manifestando Don. Pedro Miguel que de camino a la Notaría le explicaron por encima las condiciones, fundamentalmente la cuota, algo más de 900 euros, el tipo fijo durante seis meses y poco más -8:16- entregándoles la gestoría dicho certificado a final de septiembre o primeros de octubre -10:05-, negando que la prestataria hubiera tenido en sus manos la documentación del préstamo con antelación -18:55-; tampoco consta que se hubiera realizado un programa de simulación de variación de intereses al alza y baja, a pesar de que así lo manifestó la Directora -min.50:15- así como que se le hubiera ofrecido o explicado el coste comparativo con otros productos de la entidad, y si bien la Directora dijo que se le ofrecieron alternativas de tipos fijos al 7% -49:22- resulta obvio que la prestataria eligiera el euríbor, entonces al 4,66 % más el diferencial, que aunque era de 0,90 se le podía quedar en 0,50 como bonificaciones por productos contratados, parámetros ambos también señalados por el Tribunal Supremo como indicativos de falta de una información adecuada por la entidad, deber que, volvemos a resaltar, no puede

delegarse en el Notario, el cual se limita a leer las cláusulas más relevantes del préstamo, pero la obligación de informar, explicar y asegurarse de la comprensión por el cliente es el banco.

Se aduce además por el apelante que no se ha valorado al considerar incumplido el deber de información por la entidad que la prestataria es una persona de carácter meticuloso y además [Magistrada en ejercicio](#) , por lo que no puede aceptarse que no entendiera el alcance económico de la cláusula.

Sin embargo, no se ha negado el carácter de consumidora de la prestataria, en tanto la misma firmó el préstamo hipotecario para adquirir su vivienda habitual, no para destinar el dinero a una actividad empresarial o profesional, acudió a la entidad apelante por la relación de confianza que tenía con el interventor, según manifestó Don Pedro Miguel , y antes de firmar el préstamo obtuvo un crédito puente que quedó vinculado e incluido en aquel, luego teniendo en cuenta estas circunstancias y la prueba practicada respecto al cumplimiento del deber de transparencia es como ha de valorarse si la [cláusula suelo](#) impuesta es o no abusiva, quedando al margen, como resalta la STS referida, el ámbito de interpretación del error como vicio del consentimiento, y, por tanto, el argumento de que la prestataria por su formación jurídica y por su carácter meticuloso profesionalmente hablando es difícil que no hubiera comprendido el alcance económico de la [cláusula suelo](#) .

En definitiva, ha de concluirse en que la [cláusula suelo](#) no es transparente, y además es abusiva en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, en tanto no se determina un reparto real del riesgo de la variación del tipo de interés, pues la fijación de un tipo de interés mínimo del 3,5 % y un máximo del 14 % no supone un reparto equilibrado del riesgo entre ambas partes, ya que a este tipo máximo es difícil que se pueda llegar, por lo que pagará si los intereses suben y no se beneficiará de la variación a la baja, al fijarse como tipo mínimo el 3,5 %, lo que supone una falta de reciprocidad entre las partes, en la medida que a la prestación a cargo del consumidor, que será pagar el tipo fijo como suelo si el resultante del índice más el diferencial cae por debajo de aquel, no le corresponde otra prestación de la entidad prestamista, pues para eso haría falta que el interés referencial subiera por encima del 14 % y eso era altamente improbable, por lo que tal desequilibrio jurídico y económico convierte la cláusula en abusiva y debe declararse su nulidad.

En el mismo sentido, se resolvió por *auto de 28 de noviembre de 2013 de esta Sección 1ª*, auto de 18 de Diciembre de 2013 de la Sección Segunda, y los más recientes, *Sentencia de 18 de Marzo de 2014* y Auto de 20 de Marzo de 2014, ambos de la Sección Primera.

**Tercero.- Segundo motivo: Infracción de la doctrina de la STS 241/2013 sobre la irretroactividad de la nulidad declarada.**

La sentencia de instancia declara la nulidad de la [cláusula suelo](#) techo con efectos retroactivos desde la firma del préstamo el 30 de agosto de 2007, por lo que la entidad debe devolver las cantidades cobradas con la aplicación de dicha cláusula y que ha sido cuantificada en 12.718,20 euros, lo que acuerda en base al *art. 1303 Cc* , añadiendo en apoyo de la retroactividad dos criterios extralegales: razones de economía del particular y no beneficiar la posición abusiva de las entidades financieras que no han eliminado las cláusulas suelo, a pesar de haber sido declaradas nulas casi de forma unánime tras la *sentencia del TS de 9 de mayo de 2013* , y siguen cobrando un dinero indebido hasta que se declaren nulas por sentencia.



El recurrente apela al criterio de la trascendencia económica que puede tener la retroactividad para una entidad como la apelante que supera los 90.000 préstamos hipotecarios, entendiendo que el TS en la citada sentencia ha declarado la irretroactividad atendiendo a razones de seguridad y de orden público económico que tienen aquí también aplicación.

En nuestro ordenamiento, la declaración de nulidad de una cláusula por abusividad es una nulidad parcial (art. 9.2 LCGC, art. 10 bis LCU y 83.2 TRLCU) de manera que la misma debe ser eliminada quedando subsistente el contrato, sin que exista posibilidad de integración tras la doctrina contenida en *STJUE de 14 de junio de 2012* y *21 de febrero de 2013*.

Sin embargo, se cuestiona el efecto de la nulidad consistente en la restitución de las prestaciones habidas en base a esa cláusula nula, desde la fecha del contrato, lo que implica en este caso la devolución por el apelante de las cantidades cobradas de más como intereses por aplicación de la [cláusula suelo](#).

Tal efecto declarado en el *art. 1303 CC* no había sido cuestionado hasta el dictado de la STS de Pleno referida cuando se declaraba la nulidad por abusividad de las cláusulas de intereses moratorios contenidas en los préstamos hipotecarios, lo que implicaba que la ejecución continuaba pero minorada en el importe de esos intereses, ya cobrados, lo que ciertamente era una restitución patrimonial, y así vino acordándose por esta Audiencia Provincial desde el auto de 15 de julio de 2013 de la Sección 2ª, recogiendo la doctrina de la *STJUE de 14 de marzo de 2013* y teniendo en cuenta la reforma operada en la LEC y LH por la Ley 1/2013, siéndolo a partir de aquella precisamente porque acuerda la irretroactividad, pero entendemos que lo hace y así lo dice aplicando razones excepcionales de seguridad jurídica y de orden público económico al tratarse de una acción colectiva contra varias entidades bancarias para que eliminen las cláusulas suelo de sus préstamos y dejen de aplicarlas en el futuro, de manera que si tuvieran que revisar todos los contratos ya firmados y devolver lo ya cobrado se les causaría un gran perjuicio económico.

Pero antes de aplicar y razonar ese criterio excepcional sí declara que la regla general es la retroactividad. Así expresa que nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el *artículo 1303 del Código Civil*, a cuyo tenor "[d]eclarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

Así, como afirma la *STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009* se trata "*[...] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente*".

También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, ya que, como afirma la *STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11*,



apartado 58 "[...] según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE , hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1988, *Blaizot* y otros, 24/86, Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006, *Skov* y *Bilka*, C-402/03 , Rec. p. I-199, apartado 50; de 18 de enero de 2007, *Brzeziński*, C-313/05, Rec. p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2011, *Nisipeanu*, C-263/10, apartado 32)".

Siendo, a continuación, cuando nuestro Alto Tribunal hace referencia a la posibilidad de limitar la retroactividad, al establecer que "no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica ( artículo 9.3 CE )", citándose a continuación sentencias del TC en que se ha acordado esta irretroactividad, la STS de 21 de marzo de 2012 que limitó los efectos de la nulidad para evitar el enriquecimiento sin causa de una parte a costa de la otra, e incluso señala que la STJUE de 21 de marzo de 2013 permite dicha limitación cuando concurra la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.

Y, en el caso enjuiciado, tras valorar una serie de datos que expone: que son cláusulas lícitas en sí, derivando la ilicitud de la falta de transparencia, que son inusuales, han sido toleradas largo tiempo, la falta de transparencia proviene de la falta de información, que la finalidad del tope mínimo es mantener un rendimiento mínimo de estos activos...y finalmente que la irretroactividad causaría graves trastornos con trascendencia en el orden público económico, concluye declarando la irretroactividad de la nulidad declarada.

Las Audiencias Provinciales han adoptado soluciones divergentes sobre este extremo, tras la citada sentencia de Pleno del Tribunal Supremo, y así entre las que acuerdan la irretroactividad lo hacen acogiendo los criterios del TS, aun tratándose de acciones individuales, pudiendo citar:

- *SAP Cáceres 24-02-2014* : tras declarar que se venía acordando la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en las sentencias dictadas en los procesos de acciones individuales, por entender, que era un efecto jurídico inherente a la declaración de nulidad de la cláusula, en aplicación del *Art. 1303 del Código Civil* , *atendiendo lo resuelto por el TS en sentencia de 9 de mayo de 2013* ( .."Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico...) declara la irretroactividad de la 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". La misma conclusión se había adoptado ya en otras anteriores como la de 19-11-2013.

- *SAP Burgos de 28-01-2014* : sostiene que la cuestión de la retroactividad en la aplicación de la nulidad de la cláusula-suelo la ha resuelto expresamente la *STS de 9-05-2013* , añadiendo además como argumento para sostener la irretroactividad

que "la nulidad radical no juegue en la contratación bajo condiciones generales como una auténtica regla general de aplicación autónoma, sino que adapte su sanción al peculiar juicio de ineficacia funcional que comporta el control de esta práctica de la contratación. Planteamiento que puede derivarse de la interpretación sistemática del art. 8.1 en relación con el art. 10.1 y 10.2 de la LCGC, en cuya virtud la no incorporación de la cláusula o la declaración de nulidad no determinará la ineficacia total del contrato, si este pudiera subsistir sin tales cláusulas, extremo éste sobre el que debe pronunciarse la sentencia, como ha hecho el Tribunal Supremo. Además, se reconoce en esos preceptos el principio de infracción conforme al art. 1258 CCv y con ello, la posibilidad de que el Juez valore la posible retroactividad que pueda derivarse conforme a los parámetros de la buena fe, el uso y la Ley y, en extensión de esta última, el propio orden público económico", así como que es la solución acogida por un sector importante de *Audiencias Provinciales*, citando las de *Cádiz, Sección 5ª de 13 de mayo de 2013, Cáceres, Secc. 1ª de 8 de noviembre de 2013* (que expresa que su criterio era la retroactividad habiendo cambiado a raíz de la *STS de 9 de mayo de 2013*), y *Córdoba, Sección 3ª, de 31 de octubre de 2013*.

- *SAP Badajoz de 14 de enero de 2014* : tras expresar que en *Sentencia anterior de 26 de febrero de 2013 se había entendido* que la declaración de nulidad, por abusiva, de una **cláusula suelo**, afectaba a los pagos ya realizados, tal criterio ha de ser revisado a la luz de la doctrina contenida en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013*, *acogiendo sus razones y declarando la irretroactividad, siendo de obligada aplicación a tenor de lo dispuesto en el art. 1.6 del C. Civil*.

- *SAP Zaragoza, 8 de enero de 2014* : *extracta la STS de 9 de mayo de 2013 en cuanto a los factores valorados a partir del párrafo 293, y resuelve: "Acatando este precedente por la fuerza informadora de la jurisprudencia que el art. 1.6 del Cc le atribuye y atendiendo a que indudablemente el mismo efecto de aplicación retroactiva de las acciones colectivas se puede obtener con la suma de la totalidad de acciones individuales ejercitadas, se han pronunciado ya algunos tribunales aceptando el criterio del Alto Tribunal como pueden ser la sentencia de la Sección Vigésimo octava de la AP de Madrid de fecha 23 de julio de 2013, las de 20 de junio y 2 de octubre de 2013 de la Sección Primera de la AP de Cáceres, la de 17 de mayo de 2013 de la Sección Quinta de la AP de Cádiz, entre otras. Por ello, la eficacia informadora del ordenamiento jurídico que la jurisprudencia del TS tiene y la exigencia de seguridad jurídica derivadas de la CE llevan a esta Sala a aceptar el valor del precedente como doctrina jurisprudencial, lo que exige la desestimación de la impugnación de la sentencia realizada"*.

- *SAP Córdoba de 31 de octubre de 2013*, razona que no cabe acoger la doctrina del TS en lo que nos gusta, la abusividad, y rechazarla en lo que no nos gusta, la retracción de los efectos de la nulidad, y que no corresponde a los Tribunales de instancia corregir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado la irretroactividad acogiéndose a que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ya lo han aplicado en alguna ocasión, y también el TJUE permite esa limitación de la retroactividad por razones de seguridad jurídica y riesgo de trastornos graves, por lo que y aun dejando constancia de la diferencia de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, siendo muchos los Juzgados de lo Mercantil que han acordado la restitución de las cantidades abonadas, se inclina por acordar la irretroactividad, citando otras sentencias que comparten su criterio (las *Audiencias Provinciales de Cádiz (Sentencia de su Sección 5ª de 17 de mayo de 2013)* o Madrid (*Sentencia de la Sección 28ª de 23 de julio de 2013*)).

- *SAP Granada de 18 de octubre de 2013* : considera aplicable la doctrina de *STS de 9 de mayo de 2013* también cuando se trata del ejercicio de acciones individuales, al considerar que pese a la escasa incidencia económica del litigio concreto se mantiene en el caso la trascendencia en el orden público económico valorada por la Sentencia del Pleno, y también que se trata de una cuestión singular, las consecuencias de la nulidad de una cláusula que forma parte del objeto principal del contrato litigioso, pero que no provoca la nulidad total del contrato, sino parcial, "por lo que careciendo nuestro ordenamiento positivo de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* (lo válido no es viciado por lo inválido), en la singular situación enjuiciada, invalidez de parte del objeto principal de contrato, que sin embargo conserva sus restantes efectos, donde no existe la posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, declarada contraria al Derecho de la Unión por la *STJUE de 14 de junio de 2012* , parece justificado el abandono de los criterios generales en la materia y de los tradicionales inspirados en nuestro Código Civil, acudiendo, en la singularidad de la controversia, a otros a otros principios, como son algunos de los fijados por nuestro Alto Tribunal, para en definitiva proclamar, en este concreto caso, la irretroactividad del pronunciamiento de nulidad. Por tanto, en la difícil situación examinada, entendemos que, respecto a los efectos de la nulidad declarada, solo cabe estar, sin escindir los motivos que justifican la invalidez y sus consecuencias, a la autoridad del pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo, concluyendo que la nulidad no afectará a los pagos ya efectuados en la fecha en que se pronunció la Sentencia de instancia, debiendo restituir la demandada solo cualquier otro realizado después".

- *SAP Madrid de 28 de julio de 2013* : tras recoger la doctrina del TS expresa "Visto lo expuesto, no existiendo motivos que justifiquen apartarse de la referida doctrina, procede estimar parcialmente el recurso y estimar la demanda únicamente en cuanto se refiere a la pretendida declaración de nulidad y a la forma de cálculo, en lo sucesivo, del interés pactado, sin dar lugar a la pretendida restitución de cantidades pagadas en exceso".

- *SAP Cádiz de 17 de mayo de 2013* : aplica la solución del TS sal considerar que resuelve la cuestión, reproduciendo la doctrina contenida en la misma.

Y el otro sector de Audiencias Provinciales que declaran la retroactividad lo hacen en aplicación de los *arts. 9 y 10 LCGC* y *art. 1303 CC* , considerando en general que no se dan las razones de afectación de la economía nacional que contempló el TS para excluirla, y para evitar el enriquecimiento injusto del banco. Podemos citar:

- *SAP Málaga, Sección 6ª, de 12-03-2014 (F.J. octavo)*: "..El artículo 9 Ley de Condiciones Generales de la Contratación remite al régimen general de la nulidad contractual, señalando el artículo 1.303 del CC : " Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes ."; la finalidad de esta norma no es otra que la de que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al acto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto o sin causa de una de ellas a costa de la otra ( *STS de 23 de junio de 2008* , entre otras muchas), tratándose de una obligación ex lege , constituyendo una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual , siendo de alcance , no solo a los contratos declarados nulos , sino también a las cláusulas contractuales declaradas nulas cuando los contratos puedan subsistir sin aquéllas . Pues bien, ello así, aun cuando *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013* ...niega el efecto retroactivo de la Sentencia, también

es verdad que la Sentencia se dicta en el marco procesal de una acción colectiva de cesación y respecto de quienes son parte en aquel proceso, donde, además, no se ejercitó una acción accesorio de condena a la restitución (como prevé el *artículo 12 de la L.C .G.C* ), sino solo de nulidad y correlativa eliminación de la cláusula, así como de prohibición de uso futuro, por lo cual esta Sala considera que tal declaración de no retroactividad, no es de aplicación preceptiva al supuesto que nos ocupa, en el cual la acción ejercitada es una acción personal e individual de nulidad por abusividad de una cláusula contenida en un contrato celebrado con consumidores, en el que además la actora ha solicitado, al pedir la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, en aplicación de la cláusula en cuestión, la retroacción de la declaración de nulidad, deviniendo, en consecuencia, a tales efectos, aplicable el *artículo 1.303 del CC* , sin que concurra circunstancia alguna que permita la excepción del efecto que dicha norma prevé...".

- *SAP Barcelona 16-12-2013* : en el apartado 17 (La condena a la devolución de l'excés cobrat). Reproduce la doctrina de la referida STS en su apartado 283, relativa a que la regla general es la retroactividad, por aplicación del principio *quod nullum est nullum effectum producit* y del *art. 1303 Cc* , y entiende, que es la que debe aplicarse al caso, y no la solución de irretroactividad acordada por el Alto Tribunal al ser acciones distintas y no haber en este caso riesgos de trastornos graves en el orden público económico, dice así: "En el cas en examen, considerem que, tal com demanava l'actor Sr. Pedro Miguel , ha de ser aplicada la regla general segons la qual, la decisió judicial que declara abusiva una clàusula determinada ha de retrotraure els efectes al moment de la conclusió del contracte (efectes *ex tunc* ). La naturalesa d'aquest litigi (acció de nul· litat instada per un consumidor en relació amb un contracte individualitzat) difereix de la del judici decidit per la *STS de 9 de maig de 2013* (acció col·lectiva de cessació). Ni aquest procés queda afectat per l'efecte de cosa jutjada material de la STS ni les circumstàncies del nostre cas s'identifiquen amb les d'aquell (singularment la tinguda en compte en l'apartat 293, k: el risc de trastorns greus amb transcendència a l'ordre públic econòmic). En conseqüència, estimarem també la pretensió formulada pel demandant, de condemna de l'entitat demandada a la devolució de l'excés percebut com a conseqüència de l'aplicació de la clàusula declarada nul·la, amb els interessos corresponents".

- *SAP Alicante de 12 de julio de 2013* . Voto particular. El parecer mayoritario considera que es aplicable el criterio de irretroactividad del TS por ser idéntica la [cláusula suelo](#) examinada. No obstante, se formula voto particular en el que considera procedente la retroactividad en base a varios argumentos: "el primero, y fundamental, por el principio jurisprudencial de "no vinculación" a las cláusulas abusivas, que ha sentado en numerosas resoluciones el TJUE, al interpretar la *Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993 (art. 6.1 )* , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, lo que ha sido reiterada por el *TJUE en sentencias de 26 de abril de 2012* , y *dos de 30 de mayo de 2013* , en el sentido de que cuando se haya declarado abusiva una cláusula los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados " *a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula* ". En Base a ello, considera "la no vinculación no es graduable ni puede tener carácter parcial. Menos aún, que pueda depender de un dato tan aleatorio como la fecha de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo español...la no vinculación, para conceder una protección integral al consumidor, no solo ha de tener una proyección hacia el futuro (que se conseguirá con su nulidad y con la supresión de la cláusula abusiva en cuestión) sino también una vocación de pasado, de eliminar cualquier vestigio de su existencia, y ello solo se conseguirá si se hacen desaparecer sus efectos". Se añade

también otro argumento relativo al tratamiento paritario que deben tener todos los consumidores comunitarios: "en materia de contratación bancaria (en que existen grandes bancos que operan en la totalidad del mercado europeo, y comercializan unos mismos productos, utilizando en ellos idénticas cláusulas) se afectaría gravemente, a mi entender, la protección integral y paritaria de los consumidores a nivel comunitario, pudiendo darse lugar a injustificadas discriminaciones de trato dependiendo del Estado miembro, si se admitiera modulación en cuanto a la vinculación a las cláusulas abusivas declaradas nulas. Y se concluye que : "La legislación interna española tiene recursos más que conocidos ( *art. 1303 del Código Civil* , *art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* , *arts. 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* ) para suprimir los efectos nocivos de la nulidad de una cláusula abusiva: se tendrá como no puesta y habrá lugar a la restitución de lo recibido, con sus intereses".

- *SAP Alava 9 de julio de 2013* : tras señalar que las acciones ejercitadas en la STS y en la del caso no son las mismas: "la acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los arts. 12, 16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los arts. 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tunc", y que la solución del TS atiende al caso enjuiciado, resuelve que debe acordarse la retroactividad, con base en los *arts. 9 y 10 LCGC* y *art. 1303 Cc* , así : "El art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El art. 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al art. 1303 CCv obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por el recurrente, puesto que sólo operó la **cláusula suelo** "; y que no hay razones para no aplicarlos en el caso concreto al no apreciarse trastornos graves para la economía ni para el Banco, y que aun cuando la *STS de 21 de marzo de 2012* matizó la obligación restitutoria en caso de nulidad, el fundamento es que ninguna de las partes se enriquezca sin causa a costa de otra, concluyendo en el caso que dado que la **cláusula suelo** solo ha operado en beneficio del banco y en perjuicio del cliente si que nunca sucediera lo contrario no hay motivo para excluir la aplicación del *art. 1303 Cc* .

Esta Sala, en la línea de este segundo grupo de Audiencias Provinciales, aun siendo consciente que es minoritario con respecto al primero, y compartiendo los acertados razonamientos del Magistrado de lo Mercantil, entiende que procede declarar la retroactividad de la nulidad de la **cláusula suelo** , sin que ello suponga contradecir la *sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013* , por cuanto ésta no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (que se eliminasen las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos.

Precisamente, y como antes se ha resaltado, el TS cuando aborda este tema afirma que la regla general es la retroactividad, al expresar que "la ineficacia de los

contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)", es decir, efecto de pasado y efecto de futuro, y "así lo dispone el *artículo 1303 del Código Civil* " *al imponer el deber de restitución de las prestaciones habidas en virtud del contrato*, remitiéndose a las reglas generales de la nulidad contractual, y, por tanto, a dicho precepto , *el art. 9 de la LCGC (1.L a 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* "), estableciendo el art. 10.1 LCGC que "La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia". Y también la propia doctrina del *TS proclama la restitutio in integrum como efecto natural de la nulidad (ej., sentencia de 13-03-2012 )*.

A nivel comunitario, el *art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993* ,recoge los efectos de una cláusula abusiva, al disponer 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 doctrina jurisprudencial del *TJUE* en interpretación de dicha Directiva es clara al establecer la nulidad como efecto de las cláusulas abusivas utilizadas en los contratos con consumidores, prohibiendo la integración del contrato, siendo a tal efecto paradigmáticas las sentencias de *14 de junio de 2012* (Banco Español de Crédito), *21 de febrero de 2013* (caso Banif Plus Banck Zrt y los Sres. Csipai), *14 de marzo de 2013, 21 de marzo de 2013* , citada por el *TS* al acoger la regla de la retroactividad, al disponer que la interpretación realizada por el *TJUE* de una norma de la Unión " *puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación*"; y la de *30 de mayo de 2013* , en tanto establece que cuando se haya declarado abusiva una cláusula los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados " *a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula* ".

Siendo, por tanto, la regla general de la retroactividad, no concurren en el caso las razones expresadas en la referida sentencia de Pleno, y que justifican acoger el criterio excepcional de la irretroactividad, como posibilidad admitida por nuestro Tribunal Constitucional por razones de seguridad jurídica, por el Tribunal Supremo para evitar un enriquecimiento injusto de una parte a costa de la otra o incluso por el propio *TJUE* atendiendo a la buena fe de los círculos interesados y la riesgo de trastornos graves.

Estamos ante una acción individual de un particular contra el Banco con el que tiene suscrito un préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual, en orden a obtener la nulidad por abusiva de la [cláusula suelo](#) contenida en el mismo y que se le devuelva el dinero indebidamente cobrado por la aplicación de la misma, por lo que no hay razones de seguridad jurídica ni riesgo de grave trastorno económico a la entidad, pues la condena afecta a este caso concreto y el importe de la devolución es de 12.718'20 euros.

No se produce un enriquecimiento sin causa para la actora, dado que la aplicación de la cláusula anulada sólo ha supuesto beneficios para el Banco demandado, el cual ha persistido en su posición abusiva, tras conocer la *sentencia de 9 de mayo de 2013*, por lo que existiendo un claro desequilibrio entre las prestaciones de ambas partes, tampoco puede apelarse a la buena fe de la entidad, pues como indica la *STJUE de 14 de marzo de 2013*, para interpretar los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deberá valorarse en qué medida el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente y de qué medios dispone el consumidor para que cese el uso de cláusulas abusivas, y en cuanto a las circunstancias en las que se causa el desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe, deberá comprobarse por el juez nacional si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual, no pudiendo dejar de tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios y las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato".

Por lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, confirmándose la sentencia de instancia, cuyos acertados razonamientos damos por reproducidos.

**Cuarto.-** Dado el sentir de esta sentencia, por imperativo del *artículo 398 de la L. E. Civil*, habrán de imponerse al apelante las costas del presente recurso.

**Quinto.-** Por aplicación de la *Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 9 de la L. O. P. J .*, añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ante la confirmación de la resolución recurrida, se declara la **pérdida** del depósito constituido por la parte apelante para recurrir, al que se dará el destino previsto en dicha Disposición.

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

## **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la *sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, con fecha 17 de diciembre de 2013*, en autos de Juicio Ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el nº 284 del año 2013, debemos confirmarla íntegramente, imponiendo al apelante las costas del recurso y declarándose la pérdida del depósito constituido para recurrir,

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación, y, en su caso por infracción Procesal siempre que la cuantía exceda de 600.000 euros y si no excediere o el procedimiento se hubiese seguido por razón de la materia cuando la resolución del recurso presente interés



casacional, tal como determina el *artículo 477 de la L. E. Civil* , en el primer caso; y en el segundo cuando concurren los requisitos del artículo 469 de la indicada Ley, ambos preceptos en relación con la disposición final 16 del repetido cuerpo legal.

El plazo para la interposición del recurso, que deberá hacerse mediante escrito presentado ante este Tribunal, es el de 20 días contados a partir del siguiente a su notificación.

Deberá acompañarse justificante de haber constituido el depósito para recurrir por la cantidad de 50 euros en uno y otro caso, que previene la *Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre* , salvo los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos dependientes de todos ellos o beneficiarios de la Asistencia Jurídica Gratuita) y que deberá ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección nº 2038 0000 12 0201 14.

Igualmente deberá adjuntarse el impreso de autoliquidación de la tasa que previene la Ley 10/12 de 20 de Noviembre y Orden que la desarrolla de 13 de Diciembre de 2012.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.