

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.
JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO DOS DE MÁLAGA
JUICIO ORDINARIO N.º 253/11
ROLLO DE APELACIÓN CIVIL N.º 786/12

SENTENCIA N.º 185/14

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. ANTONIO ALCALÁ NAVARRO.

Magistrados:

D. JOSÉ JAVIER DÍEZ NÚÑEZ

D.ª INMACULADA SUÁREZ-BÁRCENA FLORENCIO.

D.ª SOLEDAD JURADO RODRÍGUEZ

D.ª NURIA A. ORELLANA CANO

En la ciudad de Málaga a doce de marzo de dos mil catorce.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de JUICIO ORDINARIO N.º 253/11, procedentes del JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO DOS DE MÁLAGA, sobre NULIDAD DE CLÁUSULA CONTRACTUAL, seguidos a instancia de XXXX, representada en el recurso por la Procuradora XXXX y defendida por la Letrada XXXX, contra XXXX, representada en el recurso por la Procuradora XXXX y defendida por el Letrado XXXX; pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la Sentencia dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil número Dos de Málaga dictó Sentencia de fecha 5 de abril de 2012 , en el Juicio Ordinario N.º 253/11, del que este rollo dimana, cuya Parte Dispositiva dice así: “*Que, ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA formulada por la Procuradora XXXX, en nombre y representación de XXXX, contra la mercantil XXXX representada por la Procuradora, XXXX:*

1º) DEBO DECLARAR Y DECLARO la NULIDAD del último párrafo de la cláusula tercera bis (primer párrafo del folio 14) de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 29 de febrero de 2008, del siguiente tenor literal “ El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 20% no inferior al 4,100% nominal anual”;

B).- CONDENO a la entidad demandada, XXXX a devolver a la actora XXXX, las cantidades cobradas en aplicación de la estipulación declarada nula, que de acuerdo con las bases referidas en la demanda ascienden a ocho mil noventa y siete euros con cincuenta y nueve céntimos (8.097,59 euros) por importes abonados hasta el mes de marzo de 2011, que se incrementará incluido, que se incrementarán con las cantidades mensuales que se vayan devengando y se abonen por la actora en aplicación de la cláusula nula;

C).- CONDENO a la entidad demandada, XXXX, al pago de los intereses legales de las referidas cantidades desde la fecha de cada cobro; incrementadas en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.

Todo ello con expresa imposición de las costas a la demandada.”

SEGUNDO.- Contra la expresada Sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación la entidad demandada, el cual fue admitido a trámite y su fundamentación impugnada de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia donde, al no haberse propuesto prueba ni estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala que tuvo lugar el día 12 de marzo de 2014, quedaron las actuaciones concluidas para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D.^a INMACULADA SUÁREZ-BÁRCENA FLORENCIO.

FUNDAMENTOS DE DERECHOS

PRIMERO.- En 29 de febrero de 2008, ante el Notario de Málaga XXXX, firmó la demandante, XXXX, junto a XXXX, XXXX y XXXX, escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria , por importe de 195.000 euros, interviniendo en dicho contrato como prestamista XXXX. El contrato en cuestión, entre sus cláusulas, incluye la tercera bis, referida al tipo de interés revisable, cuyo último párrafo es del tenor literal siguiente: “El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 20 por ciento, ni inferior al 4,100 por ciento nominal anual”. La prestataria, XXXX, considerando que dicha cláusula, que imponía un límite inferior de tipo de interés remuneratorio, no había sido negociada por las partes, sino que había sido impuesta por la entidad crediticia, y ello en el marco de una estipulación en la que, de manera desproporcionada, se combina el límite inferior con respecto al máximo de interés, colocando así a la parte prestataria en una notable posición de inferioridad respecto de la entidad crediticia, alega que la cláusula en cuestión , por el desequilibrio que presenta entre las prestaciones de las partes, es abusiva y formula demanda frente a XXXX, suplicando la declaración de nulidad y cesación de la estipulación y la condena de la demandada a la devolución de 8.097,59 euros, que es la cantidad que en virtud de la cláusula suelo ha percibido indebidamente la misma a la fecha de la demanda, más los intereses legales desde las fechas de cobro de las cuotas, o, en su defecto, desde la interposición de la demanda, deduciendo, en último término, una Súplica alternativa de la anterior, y ello con condena en costas a la demandada, y sobre la base de los artículos 51 y 53.3 de la CE; 3, 8, 9, 20, 49, 80, 82, 83 y 87 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias; y los artículos 1 a 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. La parte demandada se opuso a la demanda alegando que la XXXX tuvo oportunidad de negociar y modificar los términos en que finalmente firmó el préstamo hipotecario, que no se le ocultó información, pues se le dio traslado de la oferta vinculante del préstamo, y en la propia escritura pública se detallan con total transparencia los costes de la operación, así como que las cláusulas suelo no pueden encuadrarse dentro de las cláusulas abusivas de la LGDCU, suplicando la desestimación de la demanda e interesando, para el caso de que fuese declarada nula por abusiva la cláusula en cuestión, se moderasen los efectos de su aplicación, estableciéndose proporcionalidad entre la denominada cláusula suelo y cláusula techo aplicables al préstamo al que afectan. Tras la tramitación procesal oportuna, por la juzgadora de instancia, en 5 de abril de 2012, se dictó Sentencia cuyo Fallo estima la pretensión articulada en la demanda y en virtud de ello declara la nulidad del último párrafo de la cláusula tercera bis de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, de 29 de febrero de 2008, y condena a la demandada a devolver a la actora las

cantidades cobradas en aplicación de dicha cláusula, 8.097,59, por importes abonados por la actora hasta el mes de marzo de 2011, que se incrementarán con las cantidades mensuales que se vayan devengando y se abonen por la actora en aplicación de la cláusula nula; así como al pago de los intereses legales de las referidas cantidades desde la fecha de cada cobro, incrementados en dos puntos desde la fecha de la Sentencia, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada, que , a través de su representación procesal, se ha alzado en apelación frente a la expresada resolución.

SEGUNDO.- Interesa la parte recurrente la revocación de la Sentencia y . en su lugar se dicte otra en virtud de la cual resulte desestimada la demanda , al considerar, en esencia, que la referida resolución incurre en infracción de normas procesales, concretamente de los artículos 218.2 y 316.2 de la LEC, por errónea valoración la prueba al concluir la falta de negociación de la cláusula suelo, ello sobre la base única de la mera manifestación de parte, y, por tanto, sin tener en cuenta el conjunto de la prueba y, especialmente, las advertencias e información de carácter especial realizadas por el Sr. Notario autorizante y contenidas en la escritura de hipoteca. Aduce, además, que la Sentencia ha realizado indebida aplicación de derecho, pues no es de aplicación la Ley de Condiciones General de la Contratación a los préstamos hipotecarios, los cuales están regulados por su propia normativa sectorial, como es la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, Ley 26/1988, de 29 de julio, y las Órdenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1989 y de 5 de mayo de 1994, que si bien hoy están derogadas por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda n.º 2899/11, estaban vigentes en el momento de los hechos, de cuya normativa sectorial se desprende que las denominadas cláusulas suelo/techo no son una condición general de la contratación porque fijan precio del contrato, siendo inaplicable el artículo 82 LCU porque dichas cláusulas no son contrarias a la buena fe, no producen desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, ni faltan a las exigencias de la reciprocidad, que se refiere a una reciprocidad obligacional y causal, pero no a los elementos determinantes de una sola prestación cual es el precio del contrato; oponiendo, por último, la absoluta falta de prueba sobre la desproporción apreciada por la juzgadora de instancia entre la cláusula suelo y la cláusula techo, considerando que la juzgadora lo ha apreciado así a simple vista y sin base científica alguna; motivos estos de apelación que desarrolla en extensos argumentos que expone en las alegaciones segunda a quinta del escrito de apelación, refiriéndose en la quinta a la Directiva 93/13 CEE, en relación con la OM 2899/11 y la OM de 5 de mayo de 1994. Pues bien, la mayor parte de los argumentos aducidos por la entidad recurrente han tenido ya cumplida respuesta, como bien conocerán las defensas letradas de las partes en litigio, en la

Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y Auto de aclaración de 3 de junio de 2013, en cuyas resoluciones el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre la esencialmente análoga problemática jurídica que se le plantea ante este tribunal de apelación, fijando doctrina jurisprudencial a la que se debe atener y se atenderá esta Sala en la presente resolución como no puede ser de otra forma, inspirándose la doctrina jurisprudencial expuesta por el Tribunal Supremo, en la STJUE de 14 de marzo de 2013, en la que se venía a declarar, al resolver una cuestión planteada por un juzgado de Barcelona, que la regulación española del proceso hipotecario no se ajusta a la normativa europea al no proteger suficientemente al consumidor, recordando el Tribunal Europeo el deber del juez nacional de proteger al consumidor y entrar, inclusive de oficio, en el análisis de aquellas cláusulas que considere abusivas, aunque tal carácter abusivo no hubiere sido invocado. Las indicaciones ofrecidas por el Tribunal Europeo en la expresada Sentencia, son recogidas por el legislador Español en la Ley 1/2013 de Medidas para Reforzar la Protección a los deudores Hipotecarios, Reestructuración de la Deuda y Alquiler Social, Ley que, en su Capítulo III recoge la modificación del procedimiento ejecutivo en el sentido de que, de oficio o a instancia de parte, el Tribunal competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, en consecuencia a ello, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de las cláusulas abusivas. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en esencia, viene a expresar que las cláusulas suelo sí tienen la consideración de condición general de la contratación al ser cláusulas impuestas y no negociadas individualmente con el consumidor y que, aunque afecten al objeto principal del contrato, pueden ser sometidas al control de abusividad por parte del juez, al no formar parte del elemento esencial del mismo; considera, igualmente, el Alto Tribunal, que aunque la cláusula suelo, per se, puede ser lícita, se puede declarar el carácter abusivo de la misma por falta de transparencia, apreciable de oficio, debiendo, según la Sentencia referida, tales cláusulas superar dos niveles diferentes de control, a saber, por un lado, el de que la cláusula sea clara en sí misma y cómo se incorporó al contrato, y un segundo nivel, relativo al grado de conocimiento que tenía el cliente, en el caso de autos claramente un consumidor, respecto a la incorporación de dicha cláusula al contrato y si sabía de las consecuencias jurídicas y económicas de su aceptación, es decir debe probarse por la demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada al cliente, tanto del significado jurídico, como del económico que para el mismo puede derivarse del clausulado del contrato, concretamente si sabía de las consecuencias jurídicas y económicas de su aceptación, fijando para ello el Fundamento Jurídico de la Sentencia n.º 225 cual es el test de transparencia que deben superar dichas cláusulas. Los criterios esenciales que establece la Resolución del

Tribunal Supremo son: “A) *Las cláusulas suelen afectar 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 define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo; C) La cláusula que fija un interés fijo mínimo en un contrato de préstamo puede por tanto ser una cláusula predispuesta, es decir, una condición general de la contratación, siempre y cuando el consumidor no haya podido influir en su redacción o supresión; D) La carga de la prueba de que la citada cláusula es una condición general de la contratación, es decir, que no estaba prerredactada para una pluralidad de contratos, recae sobre el empresario cuando se trata de contratos con consumidores pues, en estos casos, se aplica la regla establecida en el artículo 82.2 TRLCU que dispone que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"; E) En todo caso, la imposición de una condición general de la contratación a los consumidores no constituye un hecho contractual ilícito pues, como ya venía a establecer la STS de 18 de junio de 2012, constituye un fenómeno que comporta en la actualidad un modo de contratar que se diferencia de la contratación por negociación, con su régimen y presupuesto causal propio y específico; F) Consecuentemente, las cláusulas suelen no ser contenidos contractuales, por naturaleza, ilícitos. Las cláusulas suelen ser 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. Corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador; G) 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 de 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, con la excepción de que... dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". En efecto, en el caso de contratos con consumidores, además del control de incorporación, es dable un control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la condición general; H) Para dicho control se ha de tener en consideración que son compatibles los criterios interpretativos de la Ley 7/1998 y el marco más general de interpretación de los contratos del Código Civil y, segundo, que la Ley 7/1998 es aplicable a este tipo de cláusulas no obstante su específico régimen sectorial en materia de información -*

OM 5 de mayo de 1994- pues, como señaló la STS de 2 de marzo de 2011, la finalidad tuitiva que procura al consumidor la citada Orden Ministerial en el ámbito de las funciones específicas del Banco de España, no suponen la exclusión de la Ley 7/98 a este tipo de contratos con consumidores como ley general; I) El peculiar control de transparencia en el caso de los contratos con consumidores se integra por uno primero relativo al examen de la información suministrada por la entidad crediticia conforme a la OM de 5 de mayo de 1994, al denominado control de inclusión que garantiza el conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato de la existencia de dicha cláusula y que la misma no es ilegible, oscura o ambigua –artículo 7 LCGC-, siendo el segundo control de transparencia el relativo a la garantía de que los adherentes conozcan o puedan conocer tanto la carga económica que supone para ellos el contrato celebrado, la onerosidad patrimonial realizada a cambio de la prestación económica del empresario, como la carga jurídica, es decir, la definición de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos del contrato como en la asignación o distribución de riesgos de la ejecución y desarrollo del contrato; J) En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. 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; K) Este control de transparencia, en tanto se trata de un parámetro de validez de la cláusula predispuesta, queda al margen del ámbito de interpretación del Código Civil del error de vicio del consentimiento; L) Denominado en la Sentencia como "control de abusividad abstracto"... si no están redactadas de manera clara y comprensible, autoriza el control de abusividad de las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato si no están redactadas de manera clara y comprensible y comprende la exigencia de que la información suministrada por la entidad crediticia permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que defina el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, así como que el consumidor tenga un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato; y M) Para considerar abusivas las cláusulas no negociadas es necesario que, en contra de exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato y que el desequilibrio perjudique al consumidor.” Al hilo de ello , no está demás recordar el especial deber de información que debe presidir la contratación

crediticia y , general , la bancaria , debiendo las entidades que operan en dicho sector de la actividad económica , dotar de claridad y transparencia a las operaciones que realizan , por la especial complejidad que presenta el sector financiero y la contratación en masa , expresando el Tribunal Supremo en la referida Sentencia , que en el caso , no son transparentes por : “1º.- El contrato se presenta bajo la apariencia de un simple contrato de préstamo hipotecario a interés variable , sin advertir sobre la presencia de un umbral mínimo (“cláusula suelo “), por debajo del cual el consumidor no se beneficiará de la eventual disminución del índice de referencia . 2º.- Como contrapartida a la cláusula suelo , no se fije un límite al alza (“cláusula techo”) que proteja al consumidor frente a posibles subidas del índice de referencia . 3º.- La cláusula esté incluida entre una importante cantidad de información , predisposta de tal forma que dificulte su localización . 4º.- No existan ejemplos o simulaciones que permitan comprender en qué casos se activa la cláusula y las consecuencias que ello acarrea . 5º.- Falte una explicación clara sobre el coste comparativo de dicho producto respecto de otros(párrafo 225d). 6º.- En la fase precontractual no se hubiese informado suficientemente al consumidor en aras a permitir que el mismo tenga un conocimiento efectivo sobre la cláusula suelo (párrafo 256). No se considera que se adquiriera un conocimiento efectivo por la mera lectura del contrato por parte de un Notario”. Aclarando el Auto de 3 de junio de 2013 que para apreciar falta de transparencia basta con que uno de los descritos supuestos concorra de forma clara , siempre que ello no sea un hecho aislado del resto de circunstancias que hubiesen presidido la contratación . Pues bien, la proyección de estos criterios jurisprudenciales al caso que nos ocupa, tras la revisión de la prueba practicada , en función propia de esta alzada, no conduce sino a resolver, de conformidad con solución ofrecida por la juzgadora *a quo*, la procedencia de la declaración de nulidad de la cláusula controvertida , estimada en la Sentencia, y ello por los razonamientos que a continuación se expondrán.

TERCERO.- Son dos las premisas fundamentales que permiten entrar a valorar si la cláusula de un contrato es o no abusiva, al amparo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, siendo la primera que el contrato se haya suscrito entre un profesional y un consumidor, cual es el caso que nos ocupa, y la segunda que nos encontremos ante una condición general de la contratación. En el supuesto enjuiciado ,es claro que la parte actora es persona física y que cuando firmó el préstamo hipotecario con la entidad demandada actuó en un ámbito absolutamente privado y ajeno a toda actividad empresarial o profesional, concurriendo, así, la primera de dichas premisas. En cuanto a la segunda, ninguna de las partes niega que la cláusula controvertida tenga carácter contractual, pero si bien es

cierto que la inclusión de las cláusulas en cuestión en los préstamos hipotecarios con consumidores es facultativa, ello no implica que, pese a que no se hayan de incluir necesariamente en todos los contratos, lleguen a convertirse en una condición general, en la medida que lo usual es que sean cláusulas predispuestas, prerredactadas por la propia entidad crediticia, que las impone de tal forma que el préstamo sobre el que versa el contrato solo se obtiene mediante el acatamiento de la inclusión en el mismo de la cláusula y se trata de cláusulas destinadas a ser incorporadas a una multitud de contratos. Del conjunto de la prueba practicada en los autos, incluida la escritura pública y, por tanto, el apartado de advertencias especiales de la misma, y la oferta vinculante, documentales en las que tanto insiste la entidad apelante, no cabe sino concluir que la cláusula que nos ocupa no fue negociada individualmente, resultando acreditado que, pese a que la referida cláusula estaba incluida en la oferta vinculante, dicha oferta, por más que otra cosa afirme la recurrente, le fue entregada a la prestataria el mismo día de la firma de la escritura, buena prueba de lo cual es que dicha oferta está fechada en Madrid, no obrando en los autos prueba alguna que permita concluir que la parte prestataria acudió a Madrid para su firma, o que le fuese remitida por algún tipo de medio telemático, siendo de meridiana claridad que el hecho de que esté fechada en 12 de febrero de 2008, es decir, días antes del otorgamiento de la escritura, no significa, ni prueba que le fuese entregada el día de la fecha consignada a la parte prestataria, hechos estos que, al menos de forma indiciaria, permiten presumir, sin dificultad alguna, que la controvertida cláusula no fue negociada individualmente con la parte prestataria, sino que se trata de una cláusula contractual predispuesta e impuesta por la entidad demandada en este contrato como en otros. Por otro lado, la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura pública, no supone que la cláusula haya sido negociada individualmente, ni, dicha intervención suple, cual pretende la apelante, la falta de negociación individual, siendo un hecho notorio que las escrituras de esta naturaleza, más cuando la parte prestataria es un consumidor, se redactan en las notarías conforme a minutas que facilitan las entidades de crédito, siendo muy numerosas las resoluciones en las que los Tribunales Españoles han declarado la nulidad cláusulas contenidas en instrumentos notariales de préstamos hipotecarios (*ad exemplum*: SSTS de 4 de noviembre de 2010, 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011, sobre fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto). En suma, no podemos sino concluir que nos encontramos ante una condición general de la contratación del artículo 1 de la LCGC, a cuyo tenor: “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”. En el caso examinado, insistimos, la cuestionada cláusula es una cláusula predispuesta e impuesta su incorporación al contrato, no habiéndose probado por la demandada, a la que incumbía la carga probatoria de tal extremo conforme a reiterada jurisprudencia, que dicha incorporación haya sido fruto de una negociación individual con la parte prestataria. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en sus fundamentos jurídicos 137 y 138, expresa que para que una cláusula tenga la consideración de condición general debe reunir los siguientes requisitos: “a) Contractualidad: Se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva 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 e! 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. Señalando el Fundamento 138, de otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta 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 - la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrata con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que “las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores”. Aplicando tales consideraciones al caso que nos ocupe, cabe 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 “ . El argumento de la parte recurrente relativo a que dichas cláusulas vienen reconocidas legalmente por distintas Órdenes Ministeriales, como la de 12 de diciembre de 1994, y otras normas, como la Propuesta de Directiva 2011/0062, que vienen a admitir la validez y legalidad de este tipo de cláusulas en cualquiera de sus modalidades, no

impide el análisis de abusividad , pues como afirma el Tribunal Supremo en la Sentencia a que venimos haciendo continuas referencia , tales normas no exigen , ni imponen a las entidades de crédito su inclusión, sino el procedimiento que debe seguirse para que la incorporación de dichas cláusulas al contrato sea válida. Pero es que, aun cuando pudiéramos aceptar, hipotéticamente hablando, que la tan controvertida cláusula fue incorporada al contrato siguiendo los requisitos expresados por tal normativa, ello podrá determinar el que la cláusula haya superado el primer nivel de transparencia o control, pero en modo alguno el segundo, es decir, qué información se le dio al cliente, más cuando, como acontece en este caso, ni la actora, ni los demás firmantes de la escritura , tienen formación especializada, y no se ha probado si la parte prestataria era cabal conocedora de las repercusiones económicas y jurídicas de su aceptación. En este sentido, el Tribunal Supremo , en el Fundamento Jurídico n.º 178 de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, razona que: *“la existencia de una regulación normativa bancaria, tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y la normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis”*.

CUARTO.- Concluido que la cláusula suelo es condición general de la contratación, ha de darse respuesta a la alegación del apelante relativa a que no puede entrarse en el control de abusividad porque se refiere al precio y, en consecuencia, al objeto principal del contrato. Pues bien, el Tribunal Supremo, en la ya referida Sentencia de 9 de mayo de 2013, analiza de forma pormenorizada esta cuestión, concretamente en los fundamentos jurídicos 184 a 190, llegando a la conclusión de que, efectivamente, las expresadas cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato pero no constituyen un elemento esencial del mismo, el cual estaría configurado por el préstamo a interés variable, y de ahí que sí pueda entrarse en el control de abusividad, razonamientos estos del Tribunal Supremo que por su extrema importancia pasamos a reproducir textualmente: *“184: “El decimonoveno considerando de la Directiva 93/33.indica que “(...) a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada*

por el consumidor". 185. De forma coherente con tal planteamiento, la expresada Directiva dispone en el artículo 4.2 que "(l)a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". 186. No define la norma qué debe entenderse por cláusulas "que describan el objeto principal" del contrato o referidas "a la definición del objeto principal", ante lo que la doctrina se halla dividida: a) Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas "principales" que son las que definen directamente el "objeto principal" y las cláusulas "accesorias" que no definirían el "objeto principal". Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual. b) Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al "precio" en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva. c) Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el "objeto principal" debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del "objeto principal" del contrato incluso si se refieren al mismo. 187. Por su parte, el IC 2000 diferencia entre "(l)as cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva". 188. En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto –en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1.755 CC y 315 del Código de Comercio, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio". 189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelen formar parte inescindible del

precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato. 190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial.” Podemos concluir de la lectura de los fundamentos reproducidos que, ciertamente, la regla general es que las cláusulas en cuestión, cuando se refieren al objeto principal del contrato, no son susceptibles de ser sometidas al control de abusividad por falta de reciprocidad de las prestaciones al estar ante contratos con obligaciones recíprocas, pero al no formar parte del elemento esencial, que sería el interés variable, sí pueden someterse al control de transparencia, como ya sostenía el Tribunal Supremo en Sentencias de 1 de julio de 2010, 4 de noviembre de 2010, 29 de diciembre de 2010 y 3 de junio de 2010, todas ellas referidas en la de 9 de mayo de 2013. En suma, y en las propias palabras del TS expresadas en los fundamentos jurídicos 196 y 197 de la Sentencia de 9 de mayo de 2013: "*196. a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato. b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio. 197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que no se las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone*". Por todo ello, procede denegar la acción principal ejercitada en la demanda pues si bien es cierto que la cláusula suelo es una condición general de la contratación, en la medida en que afecta al objeto principal del contrato, no puede ser sometida al control de abusividad por falta de reciprocidad de prestaciones tal y como solicita la actora en su demanda (aun cuando en este caso es clamoroso que el fijar un cap. del 19% es notoriamente desproporcionado con un suelo del 3% pues de las evoluciones de los tipos de interés es evidente que el cap. difícilmente se va a alcanzar) pero sí someterla al doble control de transparencia como luego se analizará."

QUINTO.- Pues bien, el Tribunal Supremo, en los fundamentos jurídicos 198 y siguientes de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, como ya antes expusimos, distingue dos niveles de control de transparencia, uno primero, relativo a cómo se incorpora la cláusula al contrato y si la misma, en sí misma considerada, es o no clara, control de oficio con encaje legal en el artículo 5.5 de la LGDUC a cuyo tenor: "*La redacción de las cláusulas generales deberán ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*", y en el artículo 7 del mismo texto legal, conforme al cual: "*no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) La 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, oscuras o incomprensibles ...". El segundo nivel, al que pasaríamos superado el primero, supone determinar qué información se le dio al cliente tanto de forma previa como en el momento de la contratación, para determinar si este era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas de la inclusión de la cláusula en el contrato. Pues bien, la lectura del contrato de préstamo hipotecario objeto de esta litis, en cuanto al primer nivel de los expresados, permite a la Sala concluir que la cláusula controvertida, leída de forma aislada y en sí misma considerada, es clara y por tanto se acomoda a la previsión del artículo 80.1 TRLCU conforme al cual: *"en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa (...); b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido."* Por lo tanto, la cláusula objeto de litis en sí misma, cumpliría el primero de los niveles de transparencia; pero no puede olvidarse que el Tribunal Supremo, en la tan aludida Sentencia, trata de concretar el requisito de la transparencia apelando en principio a que exista una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato", siendo el reproche que la Sala 1ª del Tribunal Supremo hace a las entidades bancarias el que precisamente se da a la cláusula suelo una relevancia "secundaria"; (las) propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato". La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euríbor). Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente. En cualquier caso, la superación hipotética de ese primer nivel de transparencia no significa que no haya de analizarse, a continuación, el nivel segundo, es decir, cómo se incorpora la cláusula al contrato, siendo de recordar en este sentido que la OM de 5 de mayo de 1994, reguladora del proceso de constitución de hipoteca en garantía de

préstamo a los consumidores, exige, en esencia, que el banco o entidad de crédito entregue al cliente solicitante del préstamo hipotecario un folleto informativo, al que sigue 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); se le debe de dar al cliente la posibilidad de examinar la escritura pública durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, que se formalice el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir al cliente sobre las circunstancias del interés variable y, muy especialmente, de la existencia de limitaciones a la variación del tipo de interés y si son o no semejantes tanto al alza como a la baja. Si se cumplen tales requisitos se puede concluir que la incorporación de la citada cláusula al contrato garantiza de manera razonable los requisitos exigidos por la LCGC. Así, en palabras del TS, en la tan citada Sentencia de 9 de mayo de 2013, Fundamento Jurídico 215 “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.*” Conforme a ello, de los documentos obrantes en autos que nos ocupan , no queda suficientemente acreditado que se cumpliera tal proceso informativo pues no aporta la entidad crediticia demandada ninguna prueba relativa a que le fuera entregado al cliente folleto informativo con carácter previo a la suscripción del préstamo hipotecario, ni su funcionamiento, ni de que hubiera sido informada de su derecho a examinar el préstamo hipotecario tres días antes de la firma ante el notario de la escritura pública, ni que éste, al margen de leer la citada escritura, que es en definitiva la praxis habitual , explicara expresamente a la parte prestataria que dicho préstamo hipotecario contenía una cláusula suelo , y las repercusiones económicas y jurídicas que ello comportaba , pues en la escritura pública ninguna mención se hace al respecto, remitiéndonos en este punto a lo que ya expresamos en anteriores razonamientos al referirnos a la oferta vinculante y la escritura pública ante Notario . Por tanto, a juicio de esta Sala, no se cumplen los requisitos legalmente exigidos por la OM de 1994, por lo que cabe declarar que la cláusula es abusiva por falta de transparencia, como con acierto concluyó la juzgadora de instancia. Es más, aun admitiendo hipotéticamente hablando que dicha cláusula se incorporase correctamente, hay que analizar qué grado de conocimiento tenía el consumidor acerca de la misma y de las repercusiones económicas y jurídicas que le comportaban , y nuevamente cabe decir que la cláusula, aunque , a priori , pueda ser clara en

su redacción , de forma aislada, se vuelve oscura al estar "enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultan su identificación y las consecuencias que conlleva de tal modo que le impide al consumidor conocer el alcance del objeto principal del contrato , es decir , conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente le suponía para ella la incorporación de dicha cláusula y la onerosidad o sacrificio patrimonial que le iba a conllevar a cambio de la prestación económica que pretendía obtener, así 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. (FJ 210 de la Sentencia del T.S) , en definitiva que la cláusula suelo convierta , de forma sorpresiva para el consumidor , un préstamo a interés variable en otro fijo sin poder beneficiarse de las bajadas del tipo de interés de referencia, no deja otro margen posible de interpretación que el de considerar su falta de transparencia , ello de conformidad con lo expresado por el Tribunal Supremo en la reiterada Sentencia , Fundamento 217 ; de hecho, al estar enmascaradas con otros datos, lo que , en definitiva provoca es que la prestataria no centre su atención en la cláusula suelo sino en el diferencial, que es lo que normalmente le sirve para decantarse por una oferta u otra (FJ 218). Es más, como dice el Alto Tribunal , la cláusula suelo inclusive puede ser considerada un derivado financiero enmascarado pues si el tipo de referencia se sitúa por debajo del suelo, el cliente abonará la diferencia, por lo que es esencial que conozca de su existencia, de su incorporación y de las posibles consecuencias a fin de valorar si es proporcional al riesgo que él asume o no, conocimiento que en el caso que nos ocupa no se ha probado . En definitiva, concluye el TS en su FJ 223 y ss: *"223. Lo expuesto lleva a concluir 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. 224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas'-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza. 225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: 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 (y lo mismo cabe decir de las incorporadas por BANCO MARE NOSTRUM.) se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.”

SEXTO.- Una vez que hemos determinado el incumplimiento en la cláusula analizada del deber de transparencia , en los términos expresados, debemos estudiar si dicha cláusula es o no abusiva por causar un desequilibrio en perjuicio del consumidor. El Tribunal Supremo, en la Sentencia del pleno de la Sala Primera que nos sirve de guía en esta resolución, da las pautas necesarias para determinar qué se entiende por desequilibrio y, así, en el fundamento 253 expresa: *"Es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto.”* Añadiendo en los FJ 257 a 259: *"No es preciso que exista desequilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo –máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo". En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados - lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso.”* Partiendo de estas consideraciones, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato en el que se ha impuesto la cláusula analizada , contrato de préstamo hipotecario a interés variable, para valorar el equilibrio de la cláusula suelo debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto que 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; ello en las propias palabras del Tribunal Supremo. En este caso concurren tales requisitos pues es el cliente quien sufre la pérdida del derecho a beneficiarse de las bajadas del tipo de interés, máxime cuando, en este caso, existe una falsa reciprocidad al estar fijado el suelo en un 4,100% y el techo en un 20% cuando la evolución que han seguido los tipos de interés dice que es difícil que se pueda llegar, desproporcionalidad entre el límite máximo y el límite mínimo, que ciertamente, y en contra de lo que se señala el apelante, puede determinarse sin necesidad alguna de dictamen pericial. En este sentido, y dando respuesta a una de las alegaciones del apelante, hemos de señalar que la obligación a cargo del consumidor de pagar el tipo fijado como suelo en aquellos casos en que el índice más el diferencial está por debajo del suelo, desconectada como ocurre en esta litis, de una partida equivalente a favor del consumidor, implica un desequilibrio jurídico por falta de reciprocidad obligacional en el sentido del artículo 10 bis de la derogada LGDCU (hoy artículos 82 y siguientes del Texto Refundido), en la medida que a la prestación a cargo del consumidor, es decir, pagar el tipo fijado como suelo si el resultante del índice más el diferencial cae por debajo de aquél, no le corresponde otra prestación de la entidad prestamista, desequilibrio jurídico este que se traduce en un evidente desequilibrio económico, atendida la naturaleza del contrato de préstamo hipotecario entre la entidad crediticia y su cliente.

SÉPTIMO.- A modo de resumen de todo lo expuesto con anterioridad, y a la vista de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, tantas veces citada, puede concluirse, en primer lugar, que no habiendo acreditado la demandada apelante, a quien incumbía conforme al artículo 82.2 de la LGDCU, que la cláusula, que es condición general de la contratación, cuya nulidad postula la actora, fuese negociada individualmente con la misma, pues al respecto solo consta la propia escritura y la oferta vinculante, a cuyos documentos ya nos hemos referido con anterioridad a efectos de su valoración, y las manifestaciones de la actora y testigos, que no permiten concluir si no todo lo contrario, es decir, que no hubo negociación alguna, habiéndose omitido otras pruebas, como por ejemplo hubiera podido ser la declaración de la persona que en nombre de la entidad crediticia hubiese negociado con la parte prestataria, cabe apreciar en consecuencia, que a dicha parte solo se le ofreció el préstamo que finalmente fue firmado, sin otra alternativa ni mayor información, y, por tanto, que la cláusula controvertida tiene encaje en el artículo 1.1 de la LCGC: *“Cláusulas*

predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material ...”. En segundo lugar, que los límites suelo-techo contratados en el marco de un préstamo hipotecario con interés variable pactado , no constituyen una condición esencial del contrato, es decir, no son elementos esenciales del contrato, aunque sí, como indica el Tribunal Supremo, forman parte del objeto principal del contrato, y ello en la medida que, mientras que el interés variable entra en funcionamiento desde el nacimiento del contrato hasta el final, los topes, mínimo y máximo, pueden, en función de las variaciones del tipo de referencia, no ser de aplicación durante toda la vida del contrato (lo que es más factible para el tope máximo), o hacerlo solo en momentos puntuales, y en consecuencia pueden ser objeto de control de abusividad, control que, como recuerda el Tribunal Supremo, puede llevarse a cabo también respecto de la cláusulas contractuales no negociadas individualmente, incluso relativas a elementos esenciales del contrato. En tercer lugar, podemos concluir que la cláusula suelo objeto de litis es una condición general de la contratación que constituye un pacto , no negociado de forma individual, del préstamo hipotecario concertado en su día entre la actora y la entidad demandada, entrando así en juego la LGDCU y demás leyes complementarias, al poder encuadrarse a la parte actora en dicho ámbito normativo al ser persona física y actuar en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional, marco normativo que permite concluir el carácter abusivo de la misma, no solo por no superar el control de transparencia que hemos expuesto, sino porque, en definitiva, supone un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato y es contraria a las exigencias de la buena fe, en la medida que, dado el sector financiero en el que opera la entidad de crédito demandada, se le presupone un conocimiento preciso de las previsiones futuras sobre la evolución que vayan a seguir los tipos de interés, lo cual le obligaba a informar , de forma pormenorizada y clara , a la parte prestataria que carece de los conocimientos que al efecto tiene la parte prestamista, siendo de recordar en este sentido , el deber de información precisa y clara que debe presidir la actuación de bancos y entidades de crédito en general a hora de contratar, dada la complejidad del sector financiero, de difícil comprensión para el más común de los mortales, más cuando es o se trata de contratación en masa y solo un consumidor bien informado puede elegir lo que más le conviene y así efectuar una correcta contratación. La inclusión de una cláusula como la que nos ocupa denota falta de buena fe en la entidad demandada, pues la misma se asegura un beneficio al establecer la cláusula suelo, sabiendo que el perjuicio que para la misma se podría derivar de la cláusula techo tiene una posibilidad ínfima de concurrir.

OCTAVO.- Por último, aun cuando el recurrente no ha hecho referencia alguna a ello en el recurso, no puede la Sala dejar pasar por alto la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, respecto de las cantidades cobradas con anterioridad a la Sentencia en aplicación de la cláusula en cuestión, ello dadas la discrepancias doctrinales que al respecto han surgido en atención a los términos en que el Tribunal Supremo se expresa sobre la misma en la sentencia de 9 de mayo de 2013 y pese a la dificultad que supone el desconocimiento por parte de la Sala de los motivos de disconformidad del apelante frente a lo resuelto en la Sentencia apelada y ello sin riesgo de incurrir en incongruencia de tipo alguno , en la medida que la parte apelante , no obstante la falta de alegaciones sobre esta cuestión , sí pide la revocación íntegra del Fallo . Al respecto, hemos de señalar que 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 es cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, a cuya fundamentación jurídica hemos hecho continuas referencias y en la que nos hemos apoyado en orden a resolver la cuestión litigiosa objeto de esta litis , 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 accesoria 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, razón por la cual, en el caso concreto enjuiciado, declarada la nulidad de la cláusula objeto de controversia, deben restituirse las prestaciones derivadas de dicha cláusula y, en este sentido, confirmar el pronunciamiento de la Sentencia y, en definitiva, el Fallo de la misma en su integridad.

NOVENO.- Desestimado el recurso de apelación, de conformidad con los artículos 398.1 y 394.1 ambos de la LEC, las costas procesales devengadas en esta alzada han de ser impuestas a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y los demás de general y oportuna aplicación,

FALLAMOS: Desestimar en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de XXXX, frente a la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Málaga, en los autos de Juicio Ordinario N.º 253/11, a que este rollo se refiere, y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en su integridad, e imponemos , a la parte apelante, el pago de las costas procesales devengadas en esta alzada.

Devuélvanse los autos originales con certificación de esta Sentencia, al Juzgado del que dimanaron para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/