

Juzgado Mercantil nº 3
de Barcelona.
Autos nº 721/2015-D2

SENTENCIA

En la ciudad de Barcelona a 21 de junio de 2.016.

La Ilma. Sra. D^a. ISABEL GIMENEZ GARCIA, MAGISTRADO-JUEZ SUSTITUTO del Juzgado Mercantil número 3 de los de Barcelona conforme lo previsto en el art. 194 LEC, habiendo visto los presentes autos de juicio ordinario promovidos por D. ~~representados por el~~ D. MARCEL MIQUEL FAGEDA y asistida por el LETRADO D. ARCADÍ SALA-PLANELL ESQUE contra BBVA, S.A. representada por el PROCURADOR D. IGNACIO LOPEZ CHOCARRO y asistida por LETRADO D. XAVIER CLAVER ESPAX.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación del actor se presentó demanda de juicio ordinario, arreglada a las prescripciones legales alegando que:

- En 06/03/2003 el actor otorgó un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en la misma fecha, mediante escritura pública con número de protocolo 332, otorgada ante el Notario D. ANDRES DOMINGUEZ NAFRIA, fijándose el índice a aplicar el de IRPH de cajas.
- La cláusula por la que se fija el índice de referencia del préstamo con garantía hipotecaria, por la falta de información del banco.
- El actor desconocía el significado de la cláusula.

Tras exponer los fundamentos de derecho que consideró oportunos y que se dan por reproducidos suplicó que se dicte sentencia por la que:

- a) Se declare la nulidad por abusiva la cláusula por la que se fija el índice de referencia del préstamo con garantía hipotecaria formalizado en fecha 06/03/2003, que establece el índice a aplicar el de IRPH de cajas.
- b) Condenando a la referida entidad demandada al pago por la demandada a la actora de todas las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula por la que se fija el índice de referencia del préstamo con garantía hipotecaria, con más sus Intereses legales.
- c) La condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Repartida la demanda a este Juzgado se emplazó al demandado compareciendo, alegando:

- El actor, al suscribir el préstamo, conocía las condiciones del mismo, se trata de cláusulas pactadas libremente, siendo los actores conscientes de la existencia de las cláusulas discutida.
- Validez de la cláusula variable relativa al índice de referencia IRPH.
- Imposibilidad de declaración de nulidad de los intereses remuneratorios.
- Inexistencia del desequilibrio entre las partes de la obligación.

Tras exponer los fundamentos de derecho que consideró oportunos y que se dan por reproducidos suplicó se dictara sentencia de conformidad con la oposición planteada, con expresa condena al pago de las costas a la actora.

TERCERO.- Convocándose a las partes a la audiencia previa al juicio prevista por la Ley, comparecieron ambas partes; tras fijar los hechos controvertidos, se propuso la prueba y se acordó practicar la propuesta y declarada pertinente, señalándose la fecha del juicio.

CUARTO.- Compareciendo las partes en el juicio se practicaron las pruebas admitidas, a saber:

documental y testifical, con el resultado que obra en autos. Practicadas las pruebas las partes formularon sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo los argumentos jurídicos, tras lo que quedaron las actuaciones para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia como consecuencia del cúmulo de asuntos que pesan sobre este Juzgado.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Acción

Se ejercita en el presente pleito por la parte actora, acción para la declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación incluidas en el préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 06/03/2003 por las partes hoy litigantes -prevista en el art. 8 y 9 de la Ley de Condiciones Generales para la Contratación (LCGC)-.

SEGUNDO.- Nulidad. Normativa aplicable

La LCGC, en su art. 8 prevé:

"1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 10 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios."

En el art. 9 LCGC:

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

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

3. El Juez competente será el del domicilio del demandante."

El art. 10 LCGC, respecto a los efectos:

"1. 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.

2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo".

TERCERO.- Carácter consumidor del deudor

La demandante - deudor principal del préstamo de autos que se subrogó a un préstamo concedido a una promotora -, es un consumidor incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

CUARTO.- Examen de la cláusula IRPH

Las cláusulas por las que se fijan el índice de referencia del préstamo con garantía hipotecaria son las condiciones generales de la contratación que se incorporan de manera generalizada por las entidades de crédito a los préstamos con garantía hipotecaria que vienen a establecer el interés de aplicación basándose en los datos que facilitan las cajas o, en su caso, bancos, respecto a los préstamos que conceden.

Pues bien, dichas cláusulas son legales, siempre y cuando se den las siguientes circunstancias:

- 1) Que hayan sido pactadas y firmadas por las dos partes intervinientes en el contrato.
- 2) Que concurren los principios de transparencia, proporcionalidad y reciprocidad.
- 3) Que sean concretas, claras y sencillas en su redacción.
- 4) Que se haya respetado el principio de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Mediante contrato de compraventa con subrogación y ampliación de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 06/03/2003 el actor otorgó un préstamo con garantía hipotecaria mediante escritura pública 06/03/2003, con número de protocolo 332, otorgada ante el Notario D. ANDRES DOMINGUEZ NAFRIA. En el préstamo se establece en la cláusula 3 bis un tipo de interés variable.

El préstamo objeto de autos se concertó en su principal del préstamo en 171.000€. Los prestatarios se obligaron a devolverlo en el plazo de 360 cuotas mensuales, mediante cuotas mensuales, de la siguiente forma:

a) Los intereses que se devenguen durante la fase de carencia de amortización, que comprendería desde el día de hoy hasta el día anterior, inclusive, al inicio del período de pago de la primera cuota mixta: 4.50%.

b) La parte de intereses comprendida en las cuotas mixtas (desde el final del primer período hasta el vencimiento del préstamo), se prevé un tipo de interés variable, con revisiones anuales, en el que, se recoge:

"TIPO DE INTERÉS VARIABLE. A) Tipo de interés nominal anual aplicable. El tipo de interés nominal anual aplicable en cada uno de los períodos de interés de esta fase será igual a la suma de Índice de referencia, Principal o Sustitutivo y del Diferencial. B) Índice de Referencia Principal, será en cada período de interés, el porcentaje publicado por el Banco de España como referencia oficial bajo la denominación de "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro (...) en el Boletín Oficial del estado (...)"

La cuestión estriba si la cláusula fue impuesta por la entidad financiera o aceptada libremente por el prestatario como parte del precio (Interés) del préstamo. Hay que tener en cuenta que dicha cláusula está dentro del segundo período del interés, siendo el primer período de interés fijo.

Entremos ya en las pretensiones del actor, que fundamenta su pretensión de nulidad en la abusividad y en la falta de buena fe, concretando finalmente su nulidad en la infracción del art. 7.1 CC por su carácter contrario a la buena fe contractual.

La demandada se ha opuesto alegando que la cláusula enjuiciada no tiene la consideración de condición general de la contratación al no ser impuesta, fijar un elemento esencial en el contrato y ser transparente su inclusión en el contrato.

Siguiendo la STS de 09/05/2013, la circunstancia de que una cláusula constituya el elemento esencial del contrato no excluye su carácter de condición general predispuesta por una de las partes. En segundo término, la circunstancia de que sea transparente su inclusión en el contrato tampoco excluye el carácter de condición general de la contratación puesto que constituye un requisito para su incorporación, ya que faltando éste o la aceptación por la otra parte contratante, carecería de eficacia obligacional. Frente a todo ello lo que califica una cláusula como condición general de la contratación es que sea predispuesta, esto es, pre-redactada, impuesta por el empresario al adherente como requisito necesario para la obtención del bien o servicio sobre el que versa el contrato y que se encuentre incorporada o este destinada a su incorporación a una pluralidad de contratos. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ha establecido que "La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

Mientras en STS de 12/11/2014 (Rollo 410/2013), el fundamento del control de transparencia se sitúa por la jurisprudencia en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, que admite el control de abusividad de una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato (excluidas en todo caso las relativas a la adecuación entre el precio y retribución, de una parte, y los bienes o servicios, de otra, que sirven de contrapartida).

Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo (STJUE 30/04/2014 , apartado 73, y STJUE de 21/03/2013, C-92/11, apartado 49).

Y la APBarcelona, Secc. 15ª, en STAPBarcelona de fecha 20/01/2016: "En consecuencia, la exigencia de transparencia, tal y como ha sido entendida por el TJUE y por nuestro TS, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, y debe centrarse, además de en el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las mismas y en los nexos que puedan tener con otras del contrato.

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

Por esa razón el control de transparencia está relacionado no solo con el artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, que regula los requisitos de inclusión, sino que también lo está con el artículo 82 del propio texto legal, que regula el control de contenido o abusividad.

La justificación del control de contenido por la falta de transparencia de la cláusula relativa a un elemento esencial del contrato procede del perjuicio que de la misma se puede derivar para el consumidor a consecuencia de la alteración de la onerosidad o carga económica que se deriva del contrato, que es consecuencia de que se le imposibilitó para elegir conscientemente la mejor de entre las diversas ofertas disponibles en el mercado.

En nuestro caso, la exigencia de transparencia se proyecta de forma esencial en la aptitud de la cláusula para hacer comprender al consumidor que, si bien el interés pactado por el préstamo era variable, estaba sometido a un límite importante por debajo del cual no podría bajar, cualquiera que fuera la evolución del mercado y, como consecuencia, del índice al que se hubiera referenciado el tipo variable fijado.

Es por ello por lo que las circunstancias que deben ser tomadas en consideración para analizar la transparencia de la cláusula son diversas y atienden de forma esencial a su ubicación en el contrato o a la información facilitada por la entidad financiera en la oferta comercial realizada o bien en las negociaciones o tratos que las partes llevaron a cabo, tal y como precisa la STS 464/2014 en el apartado 9 de su fundamento segundo.

Y precisa el TS en la Sentencia y apartado que acabamos de citar «... la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia»".

Aplicada la anterior doctrina, no habiendo quedado acreditado que la cláusula objeto de autos fuera negociada individualmente con la actora y, en consecuencia, que no fuera impuesta por la entidad de crédito, al estar predispuesta para su inclusión en multitud de contratos. Recordemos que la carga de la prueba recae sobre el empresario (fundamentos 160 a 165 de la STS de Pleno 09/05/2013), por lo que debe concluirse que constituye una auténtica condición general de la contratación.

Control de abusividad

Como afirma la doctrina científica al comentar el equivalente al actual art. 82 y 87 TRLGCU la reciprocidad que contempla la norma y cuya falta determina la calificación de abusiva es una reciprocidad obligacional o causal, no económica, de forma que se ha de examinar si a ambas partes se les atribuye los mismos derechos y obligaciones, no si las prestaciones derivadas del contrato son equivalentes.

Así se deduce del catálogo ejemplificativo de la DA 1ª de la Ley 26/1984 en el apartado III (actual art 87 LGDCU 1/2007) que enumera cláusulas "negras" por no atribuir los mismos derechos a las partes, reservándose al predisponente facultades negadas al adherente o resarcimientos de servicios o consumos no realizados, pero no fundan el reproche de abusividad en la no proporción económica de las prestaciones.

El TS en su sentencia de Pleno de 13/05/2013 ha establecido respecto a las condiciones generales de la contratación relativas a la cláusula suelo que "Las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato" y si bien "... esta Sala en las SSTs 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006 ; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007 ; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio"(apartados 189 y 195), para concluir afirmando su licitud en los términos siguientes: "256. Las 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.

257. No es preciso que exista equilibrio "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-.

258. 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.

259. 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".

En síntesis, las cláusulas por las que se fija el índice de referencia del préstamo con garantía hipotecaria constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, por lo que no cabe el control de su equilibrio, sin que conste la mala fe de la demandada.

Nulidad de la cláusula por vulneración de las reglas sobre transparencia

Como se ha dicho el TS señala en su sentencia de 13/05/2013 respecto a las condiciones generales de la contratación relativas a la cláusula suelo que dicho tipo de cláusula son en principio lícitas, siempre y cuando 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 que conllevaría. Así, corresponde a la libre iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial que estime oportuna, pero siempre que comuniqué de forma clara, comprensible y destacada cuál es ésta. De manera que el cliente debe poder ser consciente del efecto

de esa cláusula al efectuar su opción de entre los diversos productos que se le ofertan en el mercado. De ahí el hincapié en la exigencia de transparencia por parte del Tribunal Supremo.

Establece el TS en la sentencia citada (apartado 215) 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."

Las premisas del primer control de transparencia -inclusión- se satisfacen, como reconoce el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada, en el caso de las cláusulas suelo, siempre que se dé cumplimiento en los procesos de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores las previsiones de la normativa sectorial (OM de 5 de mayo de 1994), ya que ésta garantiza razonablemente tales premisas. Pero con eso sólo se supera el filtro de inclusión. Ello no es suficiente, pues además ha de superar el filtro de claridad exigible en los contratos con consumidores.

Para efectuar el segundo control de transparencia, el Tribunal Supremo nos señala diversos criterios que serían reveladores de falta de transparencia de las cláusulas.

Dice al respecto la STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013, en FJ 14º.3, que "... las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución ... se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio" que recuerda la doctrina del TJUE, la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, sobre esta cuestión.

Por otro lado, la más reciente STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, tras declarar en su apartado 41 que a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él, condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que "la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él".

En este caso, la cláusula controvertida que se encuentra en el préstamo suscrito la (documento 6 aportado por la actora), no identifica claramente el tipo de interés, que por otro lado se trata de un interés compuesto por diferentes índices. Además no consta, como dice el Tribunal Supremo, que el consumidor haya podido "...comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado", pues no se ha aportado por la demandada, a quien corresponde la carga de la prueba de que la negociación se produjo (art. 82.2 RDL 1/2007) y es que de la prueba propuesta, si bien el testigo D.

~~empleado de la demandada-~~ empleado de la demandada- a pesar de que aseveró que se cumplieron (lo que me da el actor), no se ha acreditado documentalmente pone de manifiesto que se ofertara al cliente el mismo préstamo referenciado a Euribor con un diferencial mayor, de modo que éste pudiera escoger entre una u otra clase de índice.

Tampoco hay prueba de que, como ha señalado el Tribunal Supremo, el consumidor haya podido "...hacerse una representación fiel del Impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato...". No aporta la entidad bancaria la información que hubiera podido suministrar al cliente sobre el modo en que se comportaban los diferentes índices que pudiera estar ofertando, la tendencia de tales índices y su comparación con el IRPH hasta la fecha, o el diferencial entre unos y otros, lo que hubiera facilitado que el consumidor pudiera tener algún dato sobre las distintas consecuencias económicas que acarrearía optar por uno u otro tipo de referencia.

Existiendo varios índices utilizables, la entidad incorpora, sin explicar al cliente las razones, el IRPH Cajas. No explica las razones de tal elección, no expone el diferente comportamiento entre índices, no realiza simulaciones o proyecciones que pongan de manifiesto tendencias o diferencias entre los posibles índices a mencionar en el contrato, ni presenta escenarios sobre el eventual comportamiento, en un sentido u otro, de los distintos tipos que pudieran haberse escogido.

La omisión de información sobre el particular supone una incorporación no transparente del índice, que trae consigo la consideración de abusiva de la mencionada condición general.

QUINTO.- Efectos de la nulidad de la cláusula IRPH

Declarada la nulidad de la cláusula objeto de autos y habida cuenta que el art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare la nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente y el art. 10 LCGC prevé 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 CC obligaría a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por la actora.

Dicha restitución ha sido matizada por STS del Pleno de 25/03/2015, señalando expresamente que la doctrina emanada de la misma es aplicable tanto a las acciones colectivas como individuales (fundamento jurídico 7º) y concluye que:

"(...) a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia.

Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada".

Fijando como doctrina la limitación de la retroactividad de la declaración de nulidad (ex tunc) por razones de seguridad jurídica: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

Si bien, el Voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado don Xavier O' Callaghan Muñoz, cuyos fundamentos 4º y 5º se reproducen a continuación:

"CUARTO.- Delimitación de principio. La debida diferenciación de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva respecto del fenómeno de la retroactividad.

Un claro ejemplo de la necesidad del previo examen metodológico que presenta la cuestión y del que, además, debemos partir para su correcto desarrollo, se constata en el inicio de la fundamentación jurídica de la sentencia (fundamento de derecho noveno), en donde literalmente se declara: "La Sentencia del Pleno de 9 mayo 2013, al plantearse a Instancias del Ministerio Fiscal el elemento temporal de la sentencia, analizó los efectos retroactivos de la nulidad para, a continuación, razonar la

posibilidad de limitar la y concluir, en su sistematizado discurso, por declarar la irretroactividad de la sentencia en los términos que éste especifican" (el subrayado es nuestro).

Como puede observarse, la delimitación de la razón de ser de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva en el marco del fenómeno de la retroactividad, ya de la nulidad, o de cualquier otro régimen típico de ineficacia contractual de que se trate, constituye un error de concepto en el planteamiento inicial de la cuestión. Error de concepto que, debido a la remisión en bloque señalada, se arrastra desde la sentencia de 9 mayo 2013 y en el que yo mismo incurrí al ser firmante de la misma, sin ninguna observación al respecto. De ahí, la importancia de la perspectiva metodológica señalada y la conveniencia, en todo caso, de corregir los errores observados.

En este sentido, el fenómeno de la retroactividad viene referido a la vigencia de las normas en el tiempo y acontece cuando la nueva ley se aplica a los actos jurídicos realizados bajo la vigencia de la ley antigua y a las situaciones jurídicas producidas bajo la vigencia de la misma, de forma que a través de normas de transición (Derecho transitorio) la nueva ley incorpora las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas efectuadas por el cambio legislativo. Sin embargo, en el ámbito de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva nada de esto acontece, pues la normativa aplicable no establece ninguna suerte de efecto retroactivo al respecto. En efecto, la LCGC expresamente prevé que sólo desde el su entrada en vigor podrán ejercitarse las acciones de cesación, de retractación y declarativas reguladas en la misma (Disposición transitoria única), mientras que la LGDCU, Texto refundido de 2007, no contempla referencia alguna a esta materia en sus tres disposiciones transitorias. La conclusión, por tanto, no puede ser otra que la exclusión del fenómeno retroactivo en orden a la fundamentación técnica de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva que, como se ha anticipado, debe ser objeto de una valoración propia y específica conforme a las directrices señaladas (...).

QUINTO.- Fundamento y concreción de la ineficacia derivada. Razón del efecto restitutorio y de su alcance "ex tunc" en el ejercicio de acciones individuales de impugnación.

Sentado que la naturaleza y alcance de la ineficacia de la cláusula abusiva no puede ser sustentada desde un fundamento normativo de retroactividad, así como la innegable incidencia de la vía o acción específicamente ejercitada en su impugnación, especialmente de la debida diferenciación procesal y sustantiva entre la acción de cesación y la acción individual, la sentencia tenía que haberse planteado la cuestión de la ineficacia derivada desde la perspectiva valorativa, dinámica y flexible, de las claves interpretativas que definen el fenómeno jurídico en donde está ineficacia incide y se articula, conforme a la finalidad tuitiva que preside la normativa objeto de aplicación. De este modo, la respuesta obtenida no sería, en ningún caso, producto de un planteamiento dogmático, esto es, derivado de la mera letra de la norma, que ya declara la nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva (artículo 8.1 LCGC), sino fruto de un proceso de concreción o fundamentación técnica ajustada a las características del fenómeno jurídico que, como hemos señalado en el fundamento tercero de este voto particular, cabe realizar cuando la norma aplicable, bien por su propia fundamentación, o bien por su interpretación sistemática, no ofrezca una respuesta o desarrollo técnico que resulte suficiente o unívoco al respecto. Este sentido, y no otro, es el que cabe extraer del viejo brocardo "quod nullum est nullum effectum producere debet" y de la fórmula abierta que dispensa el artículo 1303 del Código Civil (ambos citados por la sentencia de 9 de mayo, párrafo 283), pues la referencia a la inexistencia de efectos ("nullum effectum") no se realiza desde el plano material o fáctico sino desde el plano de la causalidad jurídica, porque la reacción del ordenamiento jurídico ante los supuestos de ineficacia contractual no es siempre igual, ni uniforme, sino ajustada al fenómeno jurídico tomado en consideración.

En nuestro caso, esta causalidad jurídica o fundamentación técnica respecto de la restitución de las cantidades entregadas como consecuencia de la nulidad contractual de la cláusula abusiva, con mayor precisión del "efecto devolutivo" de las mismas, dado que el contrato no resulta resuelto, se realiza, como ya se ha destacado en las directrices de interpretación, en atención a las claves valorativas que definen la naturaleza del fenómeno en el que incide la ineficacia y la función de los instrumentos que la articulan. Claves, por lo demás, que ya han sido suficientemente desarrolladas por la doctrina jurisprudencial de esta Sala y por la jurisprudencia del TJUE y cuya aplicación al presente caso debería

haber llevado a la plena estimación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas desde la perfección del contrato celebrado.

En síntesis, esta Sala tiene declarado, como doctrina jurisprudencial consolidada (STS de 8 septiembre 2014) que la ineficacia contractual en la contratación seriada, más allá de la referencia genérica al concepto de nulidad, tiene un tratamiento o fundamento específico y necesariamente conexo a la calificación de este fenómeno como un "modo de contratar", esto es, con un régimen y presupuesto causal propio y diferenciado. Régimen que, entre otros bienes jurídicos objeto de protección, responde a la finalidad tuitiva del consumidor adherente y que justifica el necesario cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden a asegurar el equilibrio prestacional y la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta y, con ellos, "la eficacia resultante de la misma".

En este contexto, el Instrumento técnico que la normativa aplicable incorpora para articular dicho contraste o comprobación es el denominado control de abusividad que, por su función y naturaleza, es "un control de eficacia de la reglamentación predispuesta" y, por ende, de la ineficacia que pudiera derivarse. De esta forma, el control de abusividad opera como un "propio control de legalidad" que se proyecta, de un modo objetivable, en orden a la idoneidad de la reglamentación predispuesta respecto de los parámetros de equilibrio prestacional y de transparencia real anteriormente señalados. Proyección del control de abusividad que, necesariamente, se realiza al valorar la reglamentación predispuesta en "el momento de celebración del contrato". Conclusión inobjetable tanto en el campo de la doctrina científica como en el ámbito de la doctrina jurisprudencial (con especial reiteración en la jurisprudencia del TJUE, sentencias de 21 febrero y 14 marzo 2013 y 16 enero 2014).

Esta caracterización, por lo demás, es igualmente predicable del control de transparencia (artículo cinco de la Directiva 93/13 , artículo 5. 5 y 7.b de la LCGC y 80.1 (a) del TR-LGDCU) que opera con un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refleja directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).

Pues bien, dado que la ineficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación. Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto.

Esta conclusión se alcanza por la naturaleza y función de los elementos que determinan el régimen de eficacia y de control de la contratación seriada, es decir, por la naturaleza y función del propio fenómeno de las condiciones generales, del control de abusividad y de la acción ejercitada; todo ello, conforme a la función tuitiva que los preside.

Así, por ejemplo, el primer elemento o criterio indicado, el fenómeno de la contratación bajo condiciones generales, nos informa, con carácter general, de la caracterización del régimen de ineficacia que resulta aplicable. En este sentido, acorde con la naturaleza y función de este fenómeno jurídico, la forma o el modelo de ineficacia responde a los parámetros de una ineficacia funcional, relativa, parcial e insanable. En efecto, la ineficacia es, en primer término, funcional, porque la reglamentación predispuesta, por su naturaleza, no contiene ninguna irregularidad en su estructura negocial y nace, por tanto, regularmente firmada y eficaz; sin embargo, funcionalmente su ejecución lleva a un resultado que el ordenamiento jurídico no permite consolidar, esto es, la lesión del

consumidor adherente por la falta de equilibrio prestacional o de transparencia real.

En este contexto, también puede sostenerse que la ineficacia es provocada pues se permite que los consumidores y usuarios puedan operar dicha ineficacia con la correspondiente pretensión de impugnación. En segundo término, la ineficacia es relativa y parcial porque despiega sus efectos entre las partes (no tiene proyección "erga omnes") y afecta sólo a la cláusula declarada abusiva, que es objeto de la ineficacia, no así el resto del contenido contractual (principio de conservación del contrato en interés del consumidor). Por último, la ineficacia es más bien insanable en relación a la cláusula declarada abusiva, pues no se permite su moderación, ni su integración en el contrato subsistente.

Por su parte, la naturaleza y función del control de abusividad y de la acción ejercitada, de acuerdo a la anterior caracterización general, nos concretan ya el alcance del mecanismo restitutorio que opera como una consecuencia directa de la situación de ineficacia de la cláusula declarada abusiva. En ese sentido, el control de abusividad, como control de eficacia de la reglamentación predispuesta se formula, necesariamente, desde una perspectiva declarativa del carácter abusivo de la cláusula, esto es, de la lesión o perjuicio que se infiere al consumidor en la reglamentación predispuesta y, por tanto, con remisión a la propia celebración del contrato que funcionalmente los causaliza. De ahí su correspondencia con el examen de legalidad o idoneidad que también, necesariamente, como se ha señalado, toma como referencia temporal el momento de la celebración del contrato para valorar el posible desequilibrio prestacional o la falta de la debida transparencia real. La idoneidad de la reglamentación predispuesta, por tanto, es valorada y declarada en atención al marco temporal de la celebración o perfección del contrato, momento "esencial" en donde el predisponentes tenía que haber cumplido ya sus especiales deberes de configuración negocial para que su reglamentación predispuesta no lesionara los derechos del consumidor adherente.

En esta misma dirección, se desenvuelve la naturaleza y función de la acción individual de impugnación que se ejercita. En efecto, de acuerdo con el carácter de ineficacia provocada señalado, y fuera del contexto dialéctico acerca de la naturaleza declarativa o constitutiva de la acción de anulación, lo cierto es que el específico tratamiento o concreción de la ineficacia resultante en el fenómeno de las condiciones generales queda informado, en este punto, por la pretensión de impugnación del consumidor adherente dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que declare el carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, por tanto, su nulidad e ineficacia contractual. Desde esta innegable perspectiva deben tenerse en cuenta dos criterios que delimitan el alcance del pronunciamiento judicial. El primero obedece a la propia estructura sistemática de nuestro Código Civil, en donde el mecanismo de la restitución viene referido como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato, en nuestro caso de la nulidad de la cláusula abusiva. Tratamiento unitario que resulta indiscutible en la estructura sistemática de nuestro Código Civil. El segundo, obedece a la propia naturaleza o formalidad del mecanismo de la restitución que conduce, en principio, a que las consecuencias o efectos de la misma hayan de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance "extinctivo". Extremo, como fácilmente puede observarse, completamente diferente al fenómeno de la retroactividad normativa y su aplicación judicial. Pues bien, en el presente caso, debe señalarse que nada obsta a que este alcance natural de la restitución opere con normalidad, pues en el contexto contractual en donde incide la acción ejercitada no se contemplan derechos de terceros que deban ser protegidos, ni otros planos de la relación contractual (liquidación del estado posesorio, indemnización de daños y perjuicios, etc.) que merezcan una aplicación diferenciada del meritado efecto restitutorio, que actúa de forma natural como una consecuencia derivada de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. (SSTS de 30 abril 2013, núm. 275/2013 y 22 abril 2014, núm. 763/2013) (...)."

Por otro lado, posteriormente, mediante auto de 12/04/2016, acordó la Sala 1ª del TS la suspensión de la resolución consecuencia de la relación con la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-154/15, en el sentido: "pues en el recurso se solicita la aplicación de la doctrina de esta Sala sobre efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, interpretación que está siendo cuestionada a la luz de la normativa comunitaria ante el TJUE".

Pues bien, teniendo en cuentas los antecedentes arriba señalados, considero que la nulidad debe

alcanzar los plenos efectos previstos en el art. 1303 CC obligando a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por la actora lo que conduce a la declaración de la obligación de restitución por el banco del importe total cobrado al aplicar dicha cláusula.

SEXTO.- Condena accesoria de inscripción de la sentencia

El artículo 22 LCGC prevé: "En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no Incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo".

Condena que considero que procede en el caso de autos, habida cuenta que los efectos de la acción de nulidad desde su otorgamiento han sido declarados en la presente resolución.

SEPTIMO.- Intereses

Conforme los arts. 1.101 y 1108 del CC procede el pago de los intereses legales de las cantidades cobradas en concepto de la cláusula declarada nula desde que fueron abonadas por la demandante hasta el día del pago.

OCTAVO.- Costas

Conforme el art. 394 LEC, procede la condena en costas a la parte demandada.
Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

FALLO

Que estimando la demanda Interpuesta D. representados por el
PROCURADOR D. MONTSERRAT SOCIAS BAEZA contra BBVA, S.A. debo declarar y declaro la nulidad de:

a) la condición general de la contratación incluida como cláusula 3ª Bis en el apartado de cláusulas en el préstamo con garantía hipotecaria suscrita por la entidad demandada en la que se subrogó el demandante declarando la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario en vigor y condenar a la demandada a la restitución de las sumas recibidas en concepto de la cláusula declarada nula, con más los intereses; con expresa condena en costas a la demandada;

b)) con expresa condena en costas a la demandada.

Remítase por el Secretario judicial mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

Contra la presente sentencia, cabe Interponer ante este Juzgado recurso de apelación que deberá interponerse en el plazo de 20 días siguientes a su notificación.

PUBLICACION: La anterior sentencia ha sido leída, dada y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez sustituto que la suscribe, hallándose celebrando en audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.