

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 1 DE BAZA
JUICIO ORDINARIO N° 233/2016**

SENTENCIA

En Baza, a 31 de marzo de 2017

Doña María del Carmen Apestegui López, Magistrada Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 1 de Baza y su partido, ha visto los presentes autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado bajo el n° 233/2016, a instancia de la Procuradora Doña M^a del Mar García Perales, en nombre y representación de [REDACTED], asistido por la Letrada Doña María Baeza Lucas, contra “BANCO MARE NOSTRUM” representada por el Procurador Don Andrés Morales García José Luis Carmona Salgado y asistida del Letrado Don Víctor Manuel García García y al efecto se señalan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la Procuradora Doña M^a del Mar García Perales, en nombre y representación de [REDACTED], se interpuso demanda de juicio ordinario en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminando por suplicar se dictara sentencia por la que se declare la nulidad de la cláusula con todos los efectos inherentes a tal declaración y, subsidiariamente, y para el supuesto de que los efectos de la declaración de nulidad supongan la nulidad del contrato de préstamo, se acuerde la sustitución de índice de referencia declarado nulo por el índice de referencia Euribor, que determinará el tipo de interés adicionándole el diferencial pactado, condenando a la demandada a realizar el recálculo de la operación crediticia sin aplicación de la clausula declarada nula y aplicando el tipo de referencia Euribor y al abono a la actora de aquellas cantidades abonadas en exceso por aplicación del IRPH en relación al índice de referencia Euribor, con expresa imposición de las costas del procedimiento.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda mediante decreto de 29 de junio de 2016, fue emplazada la demandada por término de 20 días para contestar a la misma,

con entrega de copia de la misma y documentos así como con los apercibimientos legales.

TERCERO. Contestada la demanda, se celebró la audiencia previa con el resultado que obra en soporte apto para la grabación de la imagen y el sonido, se señaló día y hora para la celebración de vista, que tuvo lugar el día 20 de marzo de 2017, a la que asistieron las partes reseñadas, alegando cada una lo que estimó oportuno a su derecho y solicitando el recibimiento del pleito a prueba, la cual se propuso y practicó con el resultado y forma obrante en autos, quedando los mismos para dictar sentencia.

CUARTO. En la tramitación del presente juicio se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En la presente causa se promueve demanda en la que la parte actora, [REDACTED], funda su petición en la nulidad, por abusiva, de la clausula relativa a “Intereses Ordinarios” contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscritos entre el actor y la demandada, con todos los efectos inherentes a tal declaración, cuya redacción es “ A efectos de la determinación del tipo de interés aplicable al capital prestado, el plazo total de devolución del préstamo se dividirá en dos fracciones temporales: Durante la primera fracción, que tendrá un plazo de duración de 12 meses, el tipo de interés nominal anula será de cuatro enteros por ciento, fijo e invariable. Durante la segunda fracción temporal, que comprenderá el resto del plazo del préstamo, el interés nominal aplicable será variable, al alza o a la baja, fijándose para cada año, el tipo medio publicado en el BOE por el Banco de España, para préstamos hipotecarios de CC.AA a más de 3 años, el mes intermedio del trimestre natural anterior al de vencimiento de cada anualidad. Este referencial, sin efectuar conversión alguna, será redondeado en un cuarto de punto por exceso. Para el supuesto de no publicación del tipo de referencia antes citado, se tomará el último de los publicados por el mismo Organismo de dicho referencial; caso de desaparición se aplicará el tipo de referencia que lo sustituya oficialmente y, caso de suspender su publicación por plazo superior a un año sin ser sustituido, el último que se haya publicado por la Confederación Española de Cajas de Ahorros, como tipo de referencia de CECA para operaciones de activo. El tipo de interés en ningún caso podrá ser superior al 14%, cualquiera que sea la variación que se produzca...”,

sobre la base de que la cláusula inserta en la escritura de préstamo hipotecario, no fue objeto de negociación, al tratarse de una cláusula predispuesta e incorporada al contrato sin que el consumidor pueda modificar su contenido, sin información suficiente ni negociación previa pues el prestatario no fue informado de la existencia de otros tipos de interés más ventajosos que el IRPH, desconociendo que se le sometía a una carga económica y jurídica más gravosa y perjudicial que la aplicada a la mayoría de las hipotecas de la época, sin que se le explicara el funcionamiento del índice ni se le entregara oferta vinculante, afirmando que la operativa bancaria incide en el IRPH de forma que éste resulta fácilmente manipulable. Del mismo interesa con carácter subsidiario, para el supuesto de que los efectos de la declaración de nulidad supongan la nulidad del contrato de préstamo, que se acuerde la sustitución de índice de referencia declarado nulo por el índice de referencia Euribor, que determinará el tipo de interés adicionándole el diferencial pactado, con condena de la demandada a realizar el recálculo de la operación crediticia sin aplicación de la cláusula declarada nula y aplicando el tipo de referencia Euribor y al abono a la actora de aquellas cantidades abonadas en exceso por aplicación del IRPH en relación al índice de referencia Euribor.

Frente a ello, la demandada se opone a la pretensión formulada de contrario, alegando que las resoluciones invocadas no resultan de aplicación al presente supuesto al no concurrir el carácter abusivo por falta de transparencia de la cláusula en cuestión, al cumplir el control de incorporación y de transparencia así como que el préstamo con garantía hipotecaria no incluye “cláusula suelo” y que el prestatario conocía perfectamente la cláusula D “Intereses Ordinarios”, la cuál es clara, sencilla y comprensible y fue negociada individualmente.

SEGUNDO. Fijadas las respectivas pretensiones de las partes, hemos de atender hemos de fijar los hechos sobre los que existe controversia y que se centran fundamentalmente en la nulidad de la cláusula que contiene el índice IRPH, su sustitución por el Euribor, las consecuencias, en su caso, de la declaración de nulidad solicitada y, en definitiva, si la pretensión de la parte actora ha de prosperar.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que la actora acciona sobre la base del art. 82.1 del Texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios conforme al cual “1.Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en

perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Ahora bien, con carácter previo, dadas las posiciones mantenidas por las partes, las alegaciones efectuadas por una y otra y lo declarado por los prestatarios en el acto de juicio, hemos de comenzar por analizar si los actores pueden integrarse en el concepto de consumidor y usuario y gozan, en consecuencia, de la protección que al mismo se otorga por la legislación vigente al respecto. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto Legislativo de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1, 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como "destinatario final", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado". En este contexto, si bien la ley de Condiciones Generales de la Contratación ha tratado de armonizar ambos conceptos (parágrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados". Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo". En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final" antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" (STS de 18 de junio y 1 de octubre de 2012) (AAP A Coruña, Sección 3ª, de 12 de julio de 2013).

Expuesto cuanto antecede, no consta en las actuaciones que el actor no actuase como destinatario final cuando concertó el contrato de préstamo con garantía hipotecaria en fecha 30 de agosto de 1999, sin que, por otra parte la demandada cuestione la condición de consumidor del actor, resultando, por tanto, de aplicación la legislación tuitiva de protección de los mismos, por cuanto que quien aparece en el referido contrato objeto de la litis, ostenta el carácter de usuario o consumidor.

TERCERO. Así las cosas, ha de tenerse en cuenta que el índice IRPH Entidades es uno de los índices oficiales y el índice IRPH Cajas lo era hasta que desapareció de forma definitiva, de conformidad con lo dispuesto en la DA 15ª de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, el 1.11.2013 y el Banco de España con efectos desde ese mismo día dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices (IRPH Cajas e IRPH Bancos), tales referencias fueron sustituidas con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables por el tipo o índice se referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo y en defecto de éste o en caso de que este fuera alguno de los otros que también desaparecen la sustitución se realizará por el IRPH Entidades. Antes de esto los dos, y ahora el IRPH Entidades, está entre los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994, de 22 de julio del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable. Conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH entidades se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario. El IRPH Cajas participa del mismo concepto si bien se configura como media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de las mismas características realizadas por el conjunto de las Cajas. Del mismo modo se definen en la vigente Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA /2899/2011. Dichos tipos de interés medios ponderados son los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros (IRPH entidades). Por tanto, el IRPH se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12). Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH.

Ahora bien, aún cuando el índice IRPH Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. Las entidades bancarias remiten los

datos necesarios para su cálculo a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación (SAP Guipúzcoa de 10.07.2015 y de 09.06.2015), lo cierto es que ha de señalarse en este apartado relativo al índice IRPH Entidades e IRPH Cajas y a efectos de lo que luego se dirá en cuanto al control de transparencia, que se trata de un índice que siempre se ha encontrado por encima del Euribor (SAP Álava de 10.03.2016).

CUARTO. Sentado lo anterior, ha de resolverse lo procedente sobre la imposibilidad de realizar un control de abusividad del tipo de interés remuneratorio, pero sí aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y sometimiento de la cláusula al doble control de transparencia en el ámbito de la contratación con consumidores. Debe distinguirse, pese a lo dicho, la posibilidad de someter a control de transparencia la cláusula impugnada, del control de abusividad, siendo que sobre si es o no la cláusula que determina el interés remuneratorio a aplicar en el contrato de préstamo elemento esencial del contrato y sobre la posibilidad de someter o no a control de abusividad una cláusula que defina el objeto principal del contrato, concluye la SAP Álava de 10.03.2016 que "en cuanto que la cláusula tercera bis se refiere a la remuneración que el cliente debe abonar a la entidad bancaria por el préstamo, debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato por tanto, no cabe el control del precio, sólo podemos analizar el control de transparencia que comprende el control de inclusión, la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significaba".

La STS de 9 de mayo de 2013, bajo la rúbrica "2.2. El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato", recoge que "191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo; 192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] 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" , y 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 [...]"; 193. Pero, como sostiene la STJE de 3 de junio de 2010, apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia

Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección" , y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible"; 194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, según el cual "los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE , apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible" , y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración"; 195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTs de 1 de julio de 2010, de 4 de noviembre de 2010 y de 29 de diciembre de 2010, 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 STS de 18 de junio de 2012, 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.

Del mismo modo, recoge como conclusiones que "196. De lo expuesto cabe concluir: 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 el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone".

QUINTO. Así pues, aunque conforme a lo expuesto anteriormente no pueda someterse a control de abusividad la cláusula impugnada, ello no determina que escape a la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y al control de transparencia -doble control de transparencia- en el ámbito de contratación con consumidores con lo que no puede aceptarse que la cláusula que establece el tipo de referencia no tenga naturaleza de condición general de la contratación, ni pueda ser objeto de un control de abusividad en virtud de lo dispuesto en el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y el art. 4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, pues la primera disposición citada excluye del ámbito de aplicación de la Directiva las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas y el art. 4 LCGC excluye la aplicación de sus previsiones legales cuando las condiciones generales "reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes".

Se basa la demandada en que se trata de un índice oficial y en que tanto la comunicación de los datos relativos a las operaciones de préstamo hipotecario formalizadas por las entidades financieras sobre cuya base elabora el Banco de España el índice IRPH así como la fórmula para el cálculo del mismo por parte de dicho organismo se encuentran reguladas por disposiciones normativas de carácter imperativo, esto es, Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España que modifica la Circular 8/90 en cumplimiento de lo dispuesto por la Orden Ministerial de 05.05.1994 y actualmente Orden EHA /2899/2011 y Circular 5/12). Sin embargo, siendo ello así, siendo el índice IRPH Entidades un índice oficial, cuyo mecanismo de formación o configuración aparece regulado tal y como se ha explicado con anterioridad en las referidas disposiciones normativas no hay ni un solo precepto que obligue a la entidad oferente a aplicar el tipo de referencia IRPH, es decir, el tipo de interés no se introduce porque haya una disposición normativa que le obligue a ello. Una cosa es que se regule el mecanismo y forma de cálculo del IRPH y otra bien distinta que su introducción en el contrato de préstamo del demandante obedezca a una disposición imperativa. Una condición general de la contratación se define por el proceso de su incorporación al contrato y en este caso no puede decir la demandada que su incorporación al contrato venga impuesta por disposición normativa alguna. Por tanto no puede admitirse que no le sea aplicable la Ley de Condiciones Generales de Contratación en virtud de lo dispuesto en el art. 4 de la citada norma.

SEXTO. Alega también la demandada que, pese a ser cláusulas redactadas y predispuestas por el empresario prestamista, han sido objeto de negociación y no son cláusulas impuestas. Para considerar la cláusula condición general de la contratación han de concurrir, según el art. 1 LCGC, los siguientes requisitos: a) contractualidad; b) predisposición; c) imposición; d) generalidad. En cambio es irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones General de Contratación opera para ambos y c) que otros elementos del contrato hayan sido negociados individualmente, si esta circunstancia no se da en la cláusula impugnada y la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

La sentencia del Pleno del TS de 8 de septiembre de 2014 insiste en los mismos razonamientos que la STS de 09.05.2013: "La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica comercial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013). En síntesis, entre las conclusiones de la doctrina jurisprudencial allí declarada, (Fundamento de Derecho Séptimo y Octavo, párrafos 131 a 165), se resaltaban las siguientes consideraciones: "-párrafo 144; a) 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 esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes. c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial". "-Parágrafo 165; a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) 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".

La SAP Pontevedra de 14.05.2014 señala que: "Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de la prueba de los hechos notorios (SSTS de 02.03.2009 , 09.03.2009 , 18.11.2010 y de 09.05.2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 pfo. 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, y en el art. 82.2 pfo.- 2º del TRLCU, según el cual "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba".

Aplicando lo expuesto al presente caso, si bien es cierto que por la demandada se mantiene que la cláusula impugnada fue negociada individualmente, no lo es menos que no acredita de modo alguno esta efectiva negociación, pues confunde negociación con información o conocimiento de la cláusula, cuando el TS ha dejado bien claro que no hay que confundir ambas cosas. Invoca la demandada la supuesta oferta vinculante entregada a la prestataria y al hecho de que era "conocedora" de los instrumentos financieros posibles. Al margen de lo francamente discutible que son ambos argumentos, lo que se analizará en el apartado correspondiente, el hipotético conocimiento de la cláusula no es equivalente a negociación. Y ninguna prueba aporta la demandada sobre una verdadera negociación. Ni siquiera se aporta la llamada oferta vinculante, pero es que, tampoco se aporta documentación tal como solicitud del cliente, contraoferta, solicitud al departamento competente para autorizar o analizar la concesión del préstamo referenciado a otro índice distinto y encuentro final de voluntades que concrete el índice consensuado en el IRPH Entidades. Lo único que tenemos es la escritura en la que se plasman las condiciones definitivas sin que exista dato o indicio alguno que permita pensar que las cláusulas concretas impugnadas hayan sido objeto de efectiva negociación. Por tanto resulta plenamente aplicable la Ley de Condiciones generales de la Contratación y la cláusula cuestionada se somete al doble control de transparencia (control de inclusión y control de comprensibilidad real) propio de la contratación con consumidores.

SÉPTIMO. Por lo que respecta al control de transparencia, empecemos por recordar lo dispuesto por nuestro TS en Sentencia de 08.09.2014, que ya adelantaba en STS de 09.05.2013 y ha reiterado después en SS de 24 y 25.03.2015, de 29.04.2015 y de 23.12.2015 : " 6. Caracterización del control de transparencia . En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general

del control de inclusión, (art.5 de la Directiva 93/13, art. 5.5 y 7 b) LCGC y artículo 80.1 a) TRLGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera 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)).

7. Fundamento. De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11 , así como STS de 26 de mayo de 2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada;

8. Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que

principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la STJUE de 30 de abril de 2014, declarando, entre otros extremos, que: "El art. 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

OCTAVO. Es más, debe recordarse que el control de las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con consumidores no se limita al control de inclusión o de incorporación, sino que deben superar un doble control. Respecto al primero, el control de inclusión, de transparencia formal o documental, dijo el TS en STS de 09.05.2013 (pfo. 202): "Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 mayo de 1994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor ". Pero además de ello, las condiciones generales tienen que superar un segundo control de transparencia, de comprensibilidad real de la cláusula, para lo que no es suficiente con señalar al consumidor adherente que existe tal o cual cláusula en su contrato, sino que debe proporcionarse toda la información necesaria para que conozca el funcionamiento concreto de la cláusula y su relación con el resto de cláusulas del contrato, información que destaque que se trata de una cláusula que incide en el precio del préstamo, es decir, en el objeto principal del contrato y que le permita conocer la carga económica de la misma -onerosidad y sacrificio patrimonial que le puede representar- y la carga jurídica que asume con ello, tanto en relación a los elementos típicos del contrato, como en relación al reparto de riesgos que representa.

En cuanto al control de inclusión, la única referencia al posible cumplimiento de las disposiciones de la Orden Ministerial de 05.05.1994, en toda la presente causa,

son las indicaciones que realiza el Notario en la escritura pública, sin que en cambio contemos con la Oferta Vinculante ni se incorpora como anexo a la escritura ni se aporta por las partes. Ahora bien, lo que expresamente cuestiona en la demanda es que se le proporcionara información suficiente en orden a alcanzar una comprensibilidad real, es decir, a conocer qué es y cómo se configura el IRPH, su comportamiento histórico en relación a otros índices y desde luego a la posibilidad de optar por otro índice de referencia. La S.AP Álava de 10.03.2016 , recuerda en relación al doble control de transparencia, lo dispuesto por el TS en STS de 09.05.2013 , parágrafos 210 y ss: "el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". 211. 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. 212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante. 213. En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l principio de transparencia debe garantizar

asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".

Y añade: " El Tribunal concluye (apartado 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.

NOVENO. Volviendo a la STS 9 de mayo 2013 “(parágrafo 225), para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes enumera una serie de parámetros a tener en cuenta: "a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71)

236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el

momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa." Y cita al respecto el considerando decimoctavo de la Directiva 93/13."

En cuanto a la información que se debería haber facilitado al prestatario en el curso de la oferta comercial para satisfacer las exigencias de transparencia y comprensibilidad real de la cláusula, no existe prueba alguna. Ya se ha dicho que puede presumirse la existencia de una oferta vinculante por la propia referencia que realiza el notario a su existencia, pero no se ha visto su contenido y por tanto, lo que no puede presuponerse es que en la misma existiera información acerca de la configuración del índice de referencia. No hay documentación alguna que refleje las explicaciones que se deberían haber dado al cliente acerca del comportamiento de este índice y singularmente del hecho de ser un índice que siempre se ha situado por encima del Euribor. No hay prueba alguna de que se facilitara al cliente alternativa alguna, como por ejemplo pudiera ser un préstamo referenciado a Euribor. Debe también tenerse en cuenta que en el préstamo de la demandante se añade un margen de un cuarto de punto por exceso como redondeo al tipo de referencia y al no constar alternativa alguna no podemos siquiera plantearnos la ventaja que se pudiera haber expuesto al cliente para que contratara un préstamo referenciado al IRPH. Como dice la SAP Álava antes citada "es evidente que cuando un particular contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad de principal tan importante. Pues bien, estamos seguros que si la demandada hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor habría optado por el Euribor más un diferencial". Y "corresponde a la demandada acreditar que explicó al cliente la cláusula que contiene el interés variable a partir del primer año, también corresponde a la entidad acreditar que ofreció al cliente otras alternativas que el índice IRPH no fue la única propuesta y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir", por más que se manifieste por la testigo Doña M^a José Gallardo Nieto, Directora de la sucursal al tiempo de la contratación, que es práctica habitual explicar a los clientes las

condiciones financieras de los préstamos hipotecarios así como que al actor se le explicó los diferentes tipos de referencia existentes, lo cual es negado tanto por Don Víctor Mariano que declara que ni le explicaron las consecuencias de la cláusula IRPH, ni los diferentes índices de referencia, como por la coprestataria, Doña Ana Machado Cuevas, que manifiesta que no negociaron las cláusulas y que no les explicaron las mismas.

Sobre la base de lo expuesto y pese a las alegaciones de la demandada, se entiende que no se ha probado por la entidad demandada que procediera conforme a los parámetros fijados por el Tribunal Supremo para determinar la existencia de transparencia en la inclusión de la citada cláusula. En conclusión, no existiendo prueba alguna al respecto, la cláusula impugnada no supera el filtro de transparencia y por ello debe declararse su nulidad, con la consiguiente expulsión de la misma del contrato. La nulidad y expulsión se refiere lógicamente al IRPH Entidades, sin que tal pronunciamiento ¿que sin embargo sería trasladable al IRPH Cajas- sea necesario en el caso del índice sustitutivo al haber desaparecido definitivamente. En consecuencia, lo expuesto conlleva que dicha cláusula deba ser declarada nula por abusiva.

DÉCIMO. Ahora bien, en el caso que nos ocupa se ejercita por el actor la acción de nulidad de la cláusula que considera abusiva y además la devolución de las cantidades cobradas de más en virtud de dicha cláusula, solicitando el restablecimiento de las legítimas expectativas de los consumidores sobre el precio del dinero con la devolución de las cantidades correspondientes al exceso de intereses cobrados desde el inicio del préstamo así como, para el supuesto de que los efectos de la declaración de nulidad supongan la nulidad del contrato de préstamo, se acuerde la sustitución de índice de referencia declarado nulo por el índice de referencia Euribor, que determinará el tipo de interés adicionándole el diferencial pactado, condenando a la demandada a realizar el recálculo de la operación crediticia sin aplicación de la cláusula declarada nula y aplicando el tipo de referencia Euribor y al abono a la actora de aquellas cantidades abonadas en exceso por aplicación del IRPH en relación al índice de referencia Euribor.

En cuanto a las consecuencias de la nulidad, partimos del art. 9.2 LCGC que dispone que la declaración judicial de nulidad de las cláusulas que contienen condiciones generales aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 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 art. 1261 CC . El art. 10.1 LCGC establece que la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de

las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. El apartado 2 del mismo precepto señala que la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

Sin embargo, pese a esta última previsión, el art. 83 TRLGDCU señala que “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”. No hay ya previsión de integración del contrato en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios. Y no puede haberla conforme a la normativa y jurisprudencia comunitaria pues el art. 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. El TJUE en Sentencia de 14 de junio de 2012 (Caso Banesto/Calderón Camino), después de recordar que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional y que, justamente por esta situación de inferioridad, el art. 6.1 de la Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, dedica los apartados 58 a 73 a resolver la cuestión prejudicial suscitada sobre si el art. 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a una normativa de un Estado miembro, como la contenida en el anterior art. 83 del real Decreto legislativo 1/2007, que atribuía al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, declarando que: "65. Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible". Tales argumentos son plenamente extrapolables al art. 10.2 LCGC.

UNDÉCIMO. En igual sentido, la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse: “ 57: "El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma". En el siguiente párrafo, § 58, se explica la razón: "Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores". Lo que arrastra la consecuencia que señala el § 59 y el fallo: "De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula".

El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 , caso Asbeek Bruse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

Ni siquiera podemos plantearnos que el art. 10.2 LCGC y el art. 10 bis 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios vigentes cuando se celebró el contrato, establecían la integración judicial del contrato, pues esta cuestión también ha recibido respuesta en el STS de 22.04.2015 al señalar: " El TJUE ha declarado que en un litigio entre particulares, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno. Pero que el juez está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta. En este caso, es posible realizar esta interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva comunitaria, de modo que la previsión de integración de la parte del contrato afectada por la nulidad que se contiene en el art. 10.2 LCGC, cuando se esté en el caso de un contrato concertado con consumidores, y la que en el mismo sentido contenían los arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 83.2 del TRLGDCU, antes de la reforma operada por la Ley 3/14 de 27 de marzo, son aplicables cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor. En los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado".

En el reciente Auto del TJUE de 17.03.2016 vuelve el tribunal europeo a insistir:" 37En consecuencia, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor (sentencias Banco Español de Crédito, C- 618/10 , EU:C:2012:349 , apartado 65, y Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , EU:2015:21, apartados 28 y41). 38Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6.1 de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , EU:2015:21, apartado33) ".

DUODÉCIMO. Conforme a la normativa y jurisprudencia citada, la nulidad de la cláusula que establece como tipo de interés de referencia el IRPH Entidades, produce en primer lugar la expulsión de la misma del contrato de préstamo, que, pese a ello subsiste en la medida en que no se ven afectados los elementos esenciales del mismo en los términos del art. 1261 CC. Debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico el préstamo es un contrato naturalmente gratuito (art. 1755 CC) : No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado; en similares términos el art. 314 CCom: Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito). Por tanto, el interés remuneratorio no es elemento esencial del contrato. Al ser un pacto prescindible el contrato puede permanecer en vigor sin la referida cláusula. Conforme a la jurisprudencia del TJUE no cabe la integración del contrato señalando el interés que haya de sustituir al IRPH Entidades. Debe tenerse en cuenta además que el interés sustitutivo previsto en el contrato era el IRPH Cajas, desaparecido y a su vez sustituido (D.A. 15^a Ley 14/13) en última instancia por el IRPH Entidades, y que tampoco es posible aplicar como índice sustitutivo (sustituto del sustituto). Además de la expulsión de las meritadas cláusulas del contrato, conforme al art. 1303 CC, deben las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, en nuestro caso materia de las cláusula declarada nula, con sus frutos y el precio con los intereses .

En este sentido, el Tribunal Supremo, en la referida sentencia de 9 de mayo de 2013, tras recordar que, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, debía considerarse que las cláusulas en cuestión no habían surtido efecto alguno, declaró que, no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, esta eficacia no podía ser impermeable a los principios generales del Derecho y, entre ellos, de forma destacada, al principio de seguridad jurídica. Así, declaró que las cláusulas suelo eran lícitas en cuanto tales; que respondían a razones objetivas; que no se trataba de cláusulas inusuales o extravagantes; que su utilización había sido tolerada largo tiempo por el mercado de préstamos inmobiliarios; que la nulidad de las mismas derivaba de una falta de transparencia debido a la insuficiencia de la información a los prestatarios; que las entidades crediticias habían observado las exigencias reglamentarias de información; que la finalidad de la fijación del tope mínimo respondía a la necesidad de mantener un rendimiento mínimo de los referidos préstamos hipotecarios que permitiera a las entidades bancarias resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; que las cláusulas suelo se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus

comportamientos económicos; que la legislación española permitía la sustitución del acreedor, y que la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas en cuestión generaría el riesgo de trastornos económicos graves. En consecuencia, a la luz de las mencionadas consideraciones, el Tribunal Supremo, con fundamento en el principio de seguridad jurídica, limitó la eficacia temporal de su sentencia y dispuso que ésta sólo surtiría efectos a partir de la fecha de su publicación, declarando que la nulidad de las cláusulas suelo controvertidas no afectaría a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes del 9 de mayo de 2013, de manera que tan sólo deberían restituirse las cantidades indebidamente pagadas, sobre la base de tales cláusulas, con posterioridad a aquella fecha.

Posteriormente, en la sentencia n.º 139/2015, de 25 de marzo de 2015, el Tribunal Supremo confirmó la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo en el marco de la demanda individual de un consumidor que reclamaba la restitución de las cantidades indebidamente pagadas sobre la base de una cláusula de este tipo. Al proceder de esta manera, el Tribunal Supremo hizo extensiva a las acciones individuales de cesación y de reparación la solución adoptada anteriormente por la sentencia de 9 de mayo de 2013 en lo relativo a las acciones colectivas de cesación. Así pues, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 25 de marzo de 2015, la obligación de restitución se limitó exclusivamente a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013. De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

DÉCIMOTERCERO. Ahora bien, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ha declarado contraria al Derecho de la Unión la doctrina que establece el Tribunal Supremo en las citadas sentencias, pudiendo

citarse como principales argumentos los contenidos en los apartados 73, 74 y 75 en los que se establece que “una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C415/11, EU:C:2013:164, apartado 60); 74. En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70); 75. De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”, declarando en virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) que “El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de

tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

En atención a todo lo expuesto, entendiendo que la retroactividad sin límite debe ser consecuencia necesaria de la nulidad de cualquier cláusula abusiva, atendiendo a la doctrina aludida y considerando que deja de ser vinculante la establecida anteriormente al respecto por el Tribunal Supremo, tal como se ha resuelto ya, entre otras, por la SAP Sevilla, Sección 5ª, de 29 de diciembre de 2016, no ha de limitarse la retroactividad de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva, con lo que se acuerda que la entidad demandada debe restituir al prestatario la totalidad de las cantidades cobradas a partir de la fecha en la que se comenzó a aplicar el tipo de interés variable, que habrán de determinarse en fase de ejecución de sentencia.

DÉCIMOCUARTO. Los intereses serán los legales desde la interposición de la demanda, incrementado en dos puntos a partir de esta resolución (artículo 1.100, 1.108 CC y 576 de la LEC).

DECIMOQUINTO. En materia de costas y dada la estimación íntegra de la demanda, las mismas se imponen a la parte demandada conforme al art. 394.1 LEC.

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

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda promovida por Procuradora Doña Mª del Mar García Perales, en nombre y representación de [REDACTED], contra “BANCO MARE NOSTRUM”, declaro la nulidad por abusiva de la cláusula referente a “intereses ordinarios”, condenando a la demandada a eliminar dicha estipulación del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes así como a la devolución al prestatario la cantidad abonada de más como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro, así como a devolver al prestatario todas aquellas cantidades que éste vaya pagando de más por la aplicación de la referida cláusula durante la tramitación del procedimiento, con sus intereses legales devengados desde la fecha

de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito, cantidad total que habrá de determinarse en fase de ejecución de sentencia. Con imposición a la demandada de las costas procesales causadas en el presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días desde la notificación ante este Juzgado y dirigido a la Ilma. Audiencia Provincial de Granada, previa constitución de depósito conforme a lo establecido por la Disposición Adicional 15º LOPJ, tras la reforma operada por la L.O.1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por Doña M^a del Carmen Apestegui López, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 1 de Baza y su partido Judicial, estando celebrando Audiencia pública el mismo de su fecha. Doy fe.

