



como demandado apelante BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. MIGUEL ANGEL GOMEZ CASTAÑO, bajo la dirección del letrado DON ENRIQUE SANZ FERNANDEZ LOMANA; y como demandantes apelados [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] representados por la procuradora DOÑA LAURA NIETO ESTELLA, bajo la dirección del **letrado DON AITOR MARTIN FERREIRA.**

## ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 9 de mayo de dos mil dieciocho, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia Nº 9-BIS de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: **“ESTIMO LA DEMANDA** interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Laura Nieto Estella, en nombre y representación procesal de [REDACTED] [REDACTED] frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y, en consecuencia:

1.- Se DECLARA LA NULIDAD de la cláusula de interés mínimo de las condiciones del contrato de préstamo suscrito entre las partes, en fecha 19 de octubre de 2.005, en virtud de Escritura de préstamo hipotecario, y que viene unida como documento nº I del escrito rector. Manteniéndose la vigencia del contrato nº 0075-5756-047-00124-00, sin la aplicación de los límites de suelo del 3,25 %, fijados en aquella inicialmente y hasta 24 febrero de 2.016, conforme a la fórmula pactada de tipo variable de EURIBOR más un 0,75% de diferencial.

Condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, procediendo, asimismo, y con motivo de la misma a recalcular el capital pendiente de devolver, sin la aplicación de la cláusula de interés mínimo. En los términos establecidos en la demanda, concretamente en el Hecho Quinto.

2.- Asimismo, Se CONDENAN a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora, de forma RETROACTIVA, las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la aplicación de esta cláusula suelo, desde su inicio y durante la tramitación del procedimiento hasta su conclusión, en aplicación del artículo 1303 del Código

Civil en relación con la normativa especial y la Jurisprudencia del TJUE, en reciente Sentencia de fecha 21 de diciembre de 2.016; y que ascienden a NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS (9.997 €) s.e.o.u.; cuantía total que se ha calculado sobre las bases, de las sumas reales que se hayan abonado durante dicho periodo, conforme a la cláusula cuya vigencia se mantuvo hasta la cuota de febrero de 2.016, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 3,25 % que venía aplicándose hasta esa fecha, conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más un 0,75 % de diferencial.

Se condena también a la entidad demandada al pago a la parte demandante de los intereses legales de las cantidades a restituir desde la fecha en que fueron realizados cada uno de los pagos.

Las costas procesales derivadas de este procedimiento se imponen a la parte demandada, por aplicación del criterio objetivo del vencimiento..”

**2º.-** Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando se dicte sentencia en la que estimando el recurso de apelación revoque la sentencia en los términos que se desprenden de los motivos articulados en el cuerpo de dicho escrito.

Dado traslado de la interposición del recurso a la contraparte, por la legal representación de ésta se presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto en el que , haciendo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, terminó suplicando se dicte Sentencia por la que se CONFIRME la Sentencia recurrida nº 103/18, de fecha 9 de mayo de 2.018 íntegramente. Condenando, asimismo, en costas al apelante con especial declaración de su temeridad y mala fe, tanto de la Primera Instancia, como de esta Alzada, en aplicación de los artículos 394, 397 y 398 L.E.C.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, señalándose para la **deliberación, votación y fallo** del recurso el día 13 de diciembre de los corrientes, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JOSE ANTONIO VEGA BRAVO**.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. **PRIMERO.-** La entidad de crédito apelante fundamentó su recurso en la carencia sobrevenida de objeto por haber sido cancelado el préstamo hipotecario objeto de juicio, de modo que el demandante carece de legitimación activa. Asimismo, alegó que con la aportación de la oferta vinculante, la intervención notarial y la literalidad de la escritura pública que instrumenta el préstamo hipotecario se ha acreditado que los términos en los que se redacta la cláusula suelo son claros y de fácil comprensión, así como que además ha habido una negociación de las condiciones financieras entre el banco y el cliente que se realizó de forma clara. Finalmente se alegó que la cantidad concedida en la sentencia es excesiva y debe reducirse a la de 6554,22 euros.
2. La parte demandada se opuso a dicho recurso.
3. **SEGUNDO.-** Vaya por delante que el recurso de apelación de la entidad demandada carece de todo fundamento y ni siquiera se cita en él no sólo ninguna sentencia en apoyo de sus alegaciones, sino tampoco ningún precepto de la LGDCU. La cual, según dicha entidad, nada menos que no contempla expresamente la posibilidad de declarar la nulidad de los contratos o cláusulas cumplidas y ya sin eficacia entre las partes, lo que conduciría al absurdo de hacer a los consumidores y usuarios de peor

condición que cualquier contratante sometido a las normas generales del Código Civil.

4. Dicho lo anterior que por sí solo bastaría para desestimar por completo el recurso que nos ocupa, hemos de insistir simplemente que, como ya dijimos en la SAP, Civil sección 1 del 28 de febrero de 2018 ( ROJ: SAP SA 83/2018 - ECLI:ES:APSA:2018:83 ), Sentencia: 70/2018 -Recurso: 761/2017,Ponente: JUAN JACINTO GARCIA PEREZ, "...lo que subyace en los planteamientos de la sentencia impugnada en lo referido al conflicto objeto de recurso es la cuestión de si amortizado o cancelado un contrato de préstamo hipotecario, el ejercicio de una acción judicial de nulidad parcial o anulabilidad de una o varias de sus cláusulas, ex art 1301 CC, o bien el ejercicio de una acción de nulidad radical o de pleno derecho, deben venir frustrados por carencia de objeto del litigio o procedimiento, por pérdida sobrevenida de interés, en definitiva, por falta de acción, etc., de acuerdo con el tenor del art. 22 de la LEC .
5. Para la Sala, -se anticipa-, no se pueden compartir las tesis de dicha sentencia, porque en el caso que nos ocupa, teniendo en consideración el suplico de la demanda rectora de esta litis, el hecho de que el préstamo litigioso plasmado en la escritura pública de 1-4-2004 venga amortizado o extinguido por pago del capital pendiente a fecha de 4 de abril de 2016, esto es, cumplido de forma voluntaria, no elimina o evapora el interés legítimo de los actores en obtener la devolución de las cantidades abonadas en exceso por razón de la cláusula de acotación mínima que consideran abusiva del dicho préstamo, y que se dice extinguido e inexistente, ya que tal pretensión no se ha visto satisfecha fuera del proceso, sin que la amortización del préstamo constituya un acontecimiento sobrevenido que provoque la carencia de objeto respecto a dicho interés legítimo y que provoque, consiguientemente, la aludida falta de acción.
6. No puede argüirse carencia sobrevenida del objeto, cuando resulte que las cláusulas incorporadas al préstamo produjeron un perjuicio al cliente y se cobraron cantidades indebidas; pues, estos son efectos que no desaparecen por el hecho de que el contrato ya se haya extinguido.

7. Y ello porque no cabe olvidar que la acción de nulidad de una cláusula suelo que se estima y declara prosperable, es lo que legitima y justifica, cuando ello se pide, la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por el Banco prestamista en base a la misma, y la acción se entabla, en efecto, con base a unos efectos anteriores en el tiempo a su ejercicio, pero desplegados durante la vida del contrato, por lo que la circunstancia de que el contrato se haya extinguido por el cumplimiento de las prestaciones no puede constituir obstáculo para poder reclamar lo que en su día pudo percibirse indebidamente por aplicación de la cláusula.
8. Y, en nuestro caso, la solicitud de declaración de nulidad de la cláusula suelo que nos ocupa va acompañada, en realidad, -al pedirse la devolución de lo indebidamente percibido por el Banco-, de una verdadera petición de indemnización de daños y perjuicios por el tiempo que esa cláusula abusiva estuvo vigente.”
9. “No cabe ignorar el debate”, seguimos diciendo en dicha sentencia, “ que suscita la jurisprudencia del TS, referido a que la declaración de nulidad de una cláusula suelo por ser abusiva , implicaría su nulidad radical o de pleno derecho, y lo nulo o radical no prescribe, ni caduca, por lo que la acción debería ser imprescriptible.
10. Es sabido, como recuerda el TS, que... “tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el art. 1301 CC se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la sentencia de 4 de noviembre de 1996 , que la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción...” ( SSTS de 14-3-2000 y 18-10-2005 ).
11. Es por ello que debe tenerse en cuenta que el plazo para reclamar la nulidad de la cláusula suelo de una hipoteca dependerá, fundamentalmente, de los términos (causa de pedir) en los que se haya planteado la demanda de nulidad, de modo que, de principio, puede sostenerse, que sería de respetar el plazo de cuatro años, en los casos en que se demande la nulidad de la cláusula suelo con fundamento en un error o vicio del

consentimiento, siendo de aplicación, entonces, el art. 1301 CC (nulidad relativa o anulabilidad), y quedando fijado el “dies a quo” para el cómputo del plazo en el momento de la consumación del contrato, coincidente con el momento en que hayan terminado los efectos de la hipoteca,(coincidente, pues, con aquel en que ya se han realizado todas las obligaciones o cumplidas las prestaciones de ambas partes; STS de Pleno de 12 de enero de 2015 ); por lo que presentada la demanda fuera de dicho plazo cabría estimar la caducidad de la acción, incluso de oficio.

12. En definitiva, el único límite legal a respetar por quien ejercita una acción de nulidad parcial de una "cláusula suelo" inserta en un contrato de préstamo hipotecario, por vicio o error de consentimiento, etc., que le supuso el abono de cantidades que no se debieron satisfacer, una vez que el préstamo se haya cancelado, no es otro que el respeto al plazo de caducidad de 4 años previsto para tal clase de acciones, de conformidad con el citado art. 1301 del CC y siempre, claro está, que no exista cosa juzgada.
13. Mientras que, solicitada la nulidad absoluta o radical de la cláusula con fundamento en los arts. 8, 9 y 10 de la LCGC, en relación con el art. 83 de la LGDCYU (manteniendo que la cláusula suelo es una condición general de la contratación abusiva y no transparente) no existiría plazo alguno de caducidad para su ejercicio, y la acción deviene imprescriptible (así, por ejemplo, las SSAP de Burgos, 3ª, de 17-4-2015 , Granada, 3ª, de 13-7-2015 y de Alicante, 8ª, de 10 de marzo de 2017 ).
14. A mayor abundamiento, puede tenerse en cuenta que el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección a los consumidores en materia de cláusulas suelo, aun cuando tiene como finalidad primordial la de arbitrar un cauce extrajudicial de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito, en su art. 1, significa que su objeto es el establecimiento de medidas que faciliten la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, sin que excluya

de dicha regulación y de su ámbito de aplicación (art. 2) a contratos de préstamo o crédito ya extinguidos o amortizados.

15. Por tanto, las medidas y mecanismos extrajudiciales que esta norma legal ofrece están abiertas también a hipotecas ya amortizadas por completo si tenían cláusula suelo abusiva, etc.
16. Con arreglo a las consideraciones que se vienen desarrollando, extinguido o cancelado el contrato litigioso que analizamos en abril de 2016 y presentada la demanda nueve meses después, la acción de los actores-apelantes, bien se entienda que lo es de anulabilidad, bien de nulidad de pleno derecho, no vendría caducada, de modo que la reclamación era procedente...”
17. En igual sentido, la Sentencia 89/2018, de 19 de febrero, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, desestimó el recurso de casación interpuesto por Banco de Santander contra la sentencia de la Audiencia Provincial de León que había dispuesto que uno de los swaps contratado por el demandante no había caducado.
18. La sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015- relativa a un contrato de seguro unit linked- i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de que «en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo».
19. Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo,

quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

20. De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

21. **TERCERO.-** Por lo demás en cuanto al fondo del asunto, hemos de recordar que con fecha de 16 noviembre de 2007 se publicó el RD Leg. 1/2007 (BOE de 30 noviembre 2007) por el que se aprueba el TR Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias EDL 2007/205571. El mismo es el resultado de la habilitación concedida al Gobierno por la disp. final 5ª Ley 44/2006, de 29 diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios EDL 2006/324695 , en virtud de la cual se fijó el plazo de un año para que el Gobierno procediese a refundir, en un único texto, la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL 1984/8937 y las diversas normas de transposición de las directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores y usuarios, habilitación que iba más allá de una simple refundición, ya que autorizaba expresamente a que regularizara, aclarara y armonizara los diversos textos legales hasta entonces vigentes. La legislación española en materia de protección de los consumidores, precisaba de esta unificación, pues partiendo de una norma básica, la Ley 26/1984 EDL 1984/8937 , que tenía un contenido más administrativo que puramente civil, y ante la presión de las diversas directivas comunitarias que se hacía preciso transponer a nuestro derecho, estábamos en presencia de una legislación dispersa, confusa, en algunos puntos contradictoria, y que ha generado, por todo ello, una inadecuada protección del consumidor, el cual cuando quería conocer sus derechos o ejercitar los mismos, se perdía en una maraña de leyes que dificultaba su

real protección, y más con las constantes reformas que en esta materia se iban operando, muchas veces en leyes que nada tenían que ver con la protección del consumidor. Se echaba en falta la existencia de una unificación normativa que garantizase un régimen igualitario de protección del consumidor, con independencia del tipo de contrato y del ámbito material en el que se desarrollase el mismo, clarificando de esta forma los derechos que se reconocen al consumidor, como venían reclamando las Asociaciones de Consumidores, e igualmente clarificando los diversos aspectos de la responsabilidad de quien contrata con un usuario o consumidor, y el propio contenido del contrato, aspecto, sin duda, positivo por la seguridad jurídica que permite tanto a empresarios como a consumidores. Ello es lo que se ha pretendido llevar a cabo con este RD Leg. 1/2007 EDL 2007/205571.

22. En los supuestos en que el contrato, como es el caso, queda dentro del ámbito material de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación EDL 1998/43305, regirán preferentemente la citada Ley y, subsidiariamente, las normas reguladoras del contrato con consumidores del RD Leg., tal como se deriva del art. 59,3 de éste EDL 2007/205571. El control de la validez de estas condiciones generales de contratación incorporadas al contrato llamado de adhesión ha sido previsto por nuestro legislador en el artículo 8 de la LCGC, en cuyo párrafo primero, que no añade nada nuevo al artículo 6.3 CC, se establece la nulidad de pleno derecho de aquellas cláusulas que en perjuicio del consumidor resulten contrarias a lo dispuesto en una norma imperativa. Por su parte, el párrafo segundo dispone que serán nulas las condiciones generales que resulten abusivas en los contratos con consumidores de acuerdo con el artículo 10 bis y la disposición adicional primera de la LGDCU, alusión que debe entenderse hecha actualmente, tras la promulgación del citado texto refundido, a las cláusulas que sean abusivas en los contratos con consumidores, de acuerdo con sus artículos 82 y 85 a 91 del referido texto refundido. El fundamento del control del contenido de las cláusulas abusivas no podía hallarse sino en las particularidades de la forma de configuración negociada de las condiciones

generales frente al consentimiento, ya que las condiciones generales no son consentidas, de manera que su fuerza vinculante por su naturaleza contractual si se prefiere, deriva de una fuente de legitimación distinta de la autonomía de la voluntad, reconocida " ex lege" por el artículo 5 de la LCGC, cuando dispone que "las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo"... y se cumplan los requisitos de incorporación establecidos por el mismo artículo. Es decir, el establecimiento legal de unos requisitos de incorporación, implica que la fuerza vinculante de las condiciones generales se aleja del consentimiento y se fija en una mera declaración de aceptación del adherente de su incorporación al contrato -declaración de adhesión- y en el cumplimiento por el predisponente de unas condiciones objetivas de transparencia y puesta a disposición. El legislador ha establecido en el artículo 5 de la LCGC una nueva fuente de integración del contrato que se añade a la autonomía de la voluntad, la buena fe, los usos y la ley (artículo 1258 del código civil). La adhesión no constituye un acuerdo sobre el contenido de las condiciones generales, porque el cumplimiento de los requisitos de la incorporación no implica un conocimiento del mismo por parte del adherente y porque resulta impuesto, ya que no cabe como alternativa razonable, como línea de principio, la no aceptación de una cláusula, pues ésta implicaría la renuncia al contrato en bloque. Consecuentemente, el control del contenido de las condiciones generales no representa un límite a la autonomía de la voluntad, que no existe respecto a las mismas, sino que al contrario, será un garante del equilibrio contractual, tradicionalmente atribuido a la autonomía de la voluntad, frente a la falta de conocimiento y a la falta de libertad propias del acto de adhesión. Por ello, el control de validez que se realiza a posteriori como aseguramiento de la autonomía de la voluntad, tiene que ser un control que trate de paliar las dos deficiencias: que incida sobre las consecuencias que la falta de libertad puede tener en el contenido de las condiciones generales, lo que implica una valoración de la justicia o el equilibrio objetivo de las cláusulas, del contenido normativo y la nulidad de aquellas que

causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio desproporcionado de los derechos y obligaciones de las partes, y su sustitución por el derecho dispositivo; pero que corrija también las consecuencias de la falta de conocimiento de su contenido, lo que llevará consigo la eliminación de aquellas condiciones generales que sean sorprendentes o que alteren el valor de la oferta en el mercado tal y como es percibida por el adherente, con lo que se garantiza la integridad del consentimiento.

23. Asimismo, es imprescindible recordar que la incidencia de la regulación comunitaria sobre las cláusulas abusivas se ha manifestado a través de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de consumo y, en particular, en materia de cláusulas abusivas, cuyas sentencias más son, entre otras, la STJ 04/06/09, asunto C 243/08 Pannon GSM Zrt, en la que se reconoce al Juez la posibilidad de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales... Puesto que según dicho 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 una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula.

24. La STJ 14/06/12, asunto C 618/10 Banco Español de Crédito S.A. en la que se declaró la imposibilidad de integrar la cláusula declarada abusiva mediante la modificación de su contenido como permite el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En efecto, en dicha Sentencia el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

25. La STJ 14/03/13, asunto C 415/11 Mohamed Aziz , según la cual para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.
26. El artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.
27. Y en fin, la Sentencia TJUE de 21 Enero de 2015 que ratifica que la consecuencia de declarar una cláusula abusiva es su inaplicación por lo que no puede ser integrada, según el artículo 6.1 de la directiva 93/13, recordando de nuevo las sentencias Banesto, Asbeek, Brusse y de Man Garabito, y cerrando toda posibilidad de reducción de la pena convencional, para así mantener la finalidad disuasoria de la directiva, no poniendo en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la misma. Dicha sentencia aclara en qué casos es posible aplicar una norma nacional de forma supletoria, indicando que ello sólo cabe cuando la inaplicación de la cláusula abusiva pueda dar lugar a la nulidad de todo el contrato, causando un perjuicio al consumidor.
28. De esta suerte, sobre la base de la citada doctrina del TJUE, podemos extraer las siguientes conclusiones:
29. 1ª. Que en el examen de los contratos celebrados con los consumidores para la determinación de si una cláusula o condición general es o no abusiva debe tenerse en cuenta el conjunto del contrato y de todas sus cláusulas.
30. 2ª.- Dicho examen del carácter abusivo de una cláusula o condición general impide que se llegue a una conclusión moderadora de la misma, de suerte que si la cláusula es considerada abusiva ha de declararse su nulidad, sin posibilidad de moderación para así mantener la finalidad disuasoria de la directiva.

31. Lo cual no viene sino a confirmar que nos encontramos, en efecto, ante la que se ha dado en llamar “nueva forma de contratación”- cfr. STS Pleno, de 9 de Mayo de 2013. De suerte que una tal conclusión, según la cual, como hemos dicho, si una cláusula es considerada abusiva ha de declararse su nulidad, sin posibilidad de moderación para así mantener la finalidad disuasoria de la directiva, no produce ningún inconveniente desde la perspectiva del principio " pacta sunt servanda", del que arranca y es la base del criterio moderador doctrinal y jurisprudencial anterior, según el cual cuando se apreciaba algún defecto en una cláusula contractual debía mantenerse en la mayor parte posible lo pactado, dada la fuerza vinculante de la voluntad manifestada de las partes, y modificarse la misma tan sólo en los términos y a los fines de moderarla, para aminorar su carácter abusivo. Ahora, sin embargo, esa moderación no cabe y la cláusula debe eliminarse del contrato que la incluye. Sin que haya ningún inconveniente desde el punto de vista del respeto a la voluntad de las partes, la cual, como hemos visto, no existe en el nacimiento, elección y delimitación de dichas cláusulas, de ahí que se hable en el mundo anglosajón de lo que con una expresión coloquial y castiza podríamos traducir como “contratos lentejas”, en tanto que sus cláusulas, por su naturaleza de condiciones generales de la contratación, no son conocidas, elegidas y consentidas de manera independiente por el consumidor que se adhiere, por lo que no hay ninguna autonomía de la voluntad que respetar. Y, además, así se consigue favorecer el cumplimiento de la ley reguladora de los derechos de los consumidores que contratan mediante dichos contratos de adhesión, contribuyendo a la eliminación de aquellas cláusulas que no respetan los derechos de los consumidores, de modo que esa nulidad sirva de ejemplo al resto de los profesionales que contraten con consumidores mediante condiciones generales.
- 32.3ª.- El examen del carácter abusivo de una cláusula puede y debe ser llevado a cabo de oficio por el órgano judicial. Nos hallamos, pues, ante un nuevo martillazo al edificio “iusprivatista”, que en materia procesal partía del sacrosanto principio dispositivo y de rogación de parte. Nuevo martillazo el

del examen de oficio por el órgano judicial del carácter abusivo de una cláusula que no cabe sino entender como totalmente justo y acertado, dado el carácter imperativo de las normas reguladoras sobre la materia, a su vez derivado de la necesidad de protección del consumidor por su relación asimétrica y desigual con el profesional. Si bien, por supuesto, por la misma necesidad de llegar a una solución justa y equilibrada del conflicto, el respeto al derecho de contradicción exige que se oiga a las partes en juicio- lo cual, como es sabido, supuso en nuestro ordenamiento que el legislador modificase la LEC para introducir un trámite de oposición por cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria y en el juicio monitorio.

33. Por lo demás, hemos de añadir que la cláusula cuestionada en el presente juicio es la relativa a la determinación del precio- léase, interés remuneratorio- que libremente acordaron las partes mediante la fijación de un tipo de interés determinado para la devolución de la cantidad prestada. La cual, constituye, por supuesto, una cláusula que, por definición, conforme a la Directiva 3/ 1993 y la jurisprudencia del TJUE, está excluida del control directo de la abusividad en lo que se refiere a su contenido, en tanto en cuanto afecta a uno de los elementos esenciales del contrato, el precio del dinero que se presta, precio o interés remuneratorio cuya aceptación es libre por la parte prestataria, el consumidor. Ahora bien, no por ello hemos de olvidar que tal cláusula, como todas las condiciones generales de la contratación, incluidas las condiciones en las que se regulan los elementos esenciales del contrato, está sometida al control de abusividad desde el punto de vista de su transparencia, es decir, de su claridad y de su comprensión fácil por el consumidor. Transparencia que ha sido puesta en cuestión en el presente caso, desde punto de vista de su claridad, fácil entendimiento, brevedad y precisión. Requisitos que en modo alguno se cumplen en una cláusula como la que nos ocupa. Según la jurisprudencia de nuestro tribunal supremo, a partir de la Sentencia de 9 de mayo 2013, ratificada en numerosas sentencias posteriores, no hay duda de que las cláusulas de limitación al alza o a la baja de los tipos de interés constituyen verdaderas condiciones generales de la contratación, ya que

son redactadas de forma unilateral por la entidad bancaria con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos sin posibilidad alguna de negociación por el cliente y sin posibilidad tampoco de modificación. En consecuencia están sometidas al control de abusividad por su falta de transparencia. Pues bien, para valorar si una cláusula suelo concreta debe ser o no calificaba de abusiva por falta de transparencia el órgano judicial debe llevar a cabo un control en dos momentos distintos:

- en primer lugar, el control de transparencia referido al contenido o redacción de la cláusula;
- y en segundo lugar, un nuevo control de transparencia referido al momento de su incorporación.

34. La entidad bancaria en cuanto parte fuerte predisponente en el empleo de este tipo de cláusulas deberá probar entonces, en cada caso concreto, que una determinada cláusula suelo es suficientemente transparente, transparencia que vendría determinada por el contenido de la misma, o bien por la existencia de una previa y comprensible información.

35. Tal requisito de la transparencia no puede entenderse cumplido cuando el banco no haya acreditado debidamente que ha informado al cliente que la cláusula ópera de hecho como un auténtico elemento definitorio del objeto principal del contrato al que a la postre convierte de contrato de préstamo a interés variable en un verdadero contrato de préstamo a interés fijo a la baja y prácticamente también al alza, dado lo elevado de la cláusula suelo en ese nivel.

36. En el presente caso, la entidad demandada no ha aportado al procedimiento medios de prueba suficientes a fin de acreditar que la parte actora ha sido informada de forma conveniente antes de la suscripción de dicha escritura de la presencia de la cláusula suelo que la entidad bancaria incorporó a la escritura de forma absolutamente unilateral, y menos aún de las repercusiones que dicha cláusula de limitación a la baja del tipo de interés iba a suponer para las obligaciones del consumidor venideras y durante toda la vida del préstamo.

37. Las referencias contenidas en la escritura notarial relativas a la cláusula litigiosa no dejan de ser meras referencias de formulario que se insertan en esta suerte de escrituras y que además en nada acreditan que el consumidor haya sido efectivamente advertido en la realidad material en los términos que constan en la misma y que se le haya explicado de manera comprensible su significado.
38. No consta de forma alguna acreditado que se haya practicado al consumidor simulaciones de escenarios diversos sobre el comportamiento previsible del tipo de interés en el mercado. Ni siquiera introdujo la parte demandada en este procedimiento el testimonio de la persona del empleado de la entidad que intervino en la comercialización del préstamo hipotecario con la parte actora, a fin de acreditar que hubiere existido negociación individual bilateral o información suficiente sobre la cláusula controvertida.
39. El documento llamado “oferta vinculante” aportado junto al escrito de contestación revela que resulta francamente difícil percatarse de la mención relacionada con la cláusula suelo, pues a pesar de la importancia de dicha estipulación, no figura en modo alguno destacada, como tampoco contiene ninguna explicación dicho documento sobre el significado material de esa mención para las obligaciones económicas del consumidor. Por lo que dicho documento es manifiestamente insuficiente, por sí solo, para acreditar el cumplimiento del deber de transparencia que pesa sobre la entidad, en los términos indicados. Además la referencia en dicho documento a la cláusula suelo figura únicamente en la primera de sus hojas, la cual no está firmada por el consumidor.
40. Por tanto, se reitera por esta sala que, como ya se dijo con total acierto y claridad en la sentencia de primera instancia, la ausencia de prueba idónea acreditativa de que la parte demandada haya proporcionado información adecuada y suficiente a la parte demandante y de que la parte actora haya llevado a cabo una negociación individual del contenido de tal cláusula, obliga a concluir que concurren todos los requisitos para considerar que estamos ante una condición general nula por ser abusiva desde punto de

vista de su falta de transparencia, cláusula que además no consta que haya sido negociada individualmente.

41. Por lo demás, indicar que procede corregir el simple error aritmético o de cálculo contenido en la sentencia apelada sobre la cantidad- 9997 €- a devolver como consecuencia de la declarada nulidad de dicha cláusula, cantidad que debe ser la de 7.745,57 €-. Es decir, la cantidad cobrada en exceso por la entidad bancaria como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, más el interés legal de dicho exceso. Por aplicación del artículo 1303 CC conforme al cual declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Lo que en el caso que nos ocupa, se traduce en que declarada nulidad de la cláusula suelo en cuestión, la misma, como hemos visto, pierde su vigencia sin posibilidad de moderación, y, en consecuencia:

- la parte prestataria está obligada a devolver a la entidad bancaria el principal prestado, más el interés pactado sin la cláusula suelo declarada nula, es decir, a un interés variable equivalente al Euribor más un 0,75 %;

42. -y la entidad bancaria está obligada a la devolver al prestatario:

- la cantidad cobrada en exceso como consecuencia del aplicación de la cláusula suelo, es decir, 6554,22 euros;
- más el interés legal de dicha cantidad cobrada en exceso, es decir, 921,57 euros.

43. Sin que la corrección de este error simplemente aritmético afecte en absoluto a la estimación de la demanda, que es y sigue siendo no sólo sustancial, sino íntegra y plena. Puesto que el objeto del debate ha sido la declaración de la nulidad de la cláusula suelo por su carácter abusivo en el sentido antes expuesto y razonado, nulidad que ha sido plenamente estimada. Y que trae como consecuencia la devolución de lo cobrado en exceso, más el interés legal de dicho exceso, por aplicación del art. 1303 CC, que es lo que también se ha concedido en la sentencia.

44. Procede, pues, desestimar el presente recurso de apelación.

45. **CUARTO.**- Por aplicación del artículo 398.1 LEC, se imponen las costas de este recurso a la parte apelante.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución.

## FALLAMOS

**LA SALA ACUERDA:** Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A contra la sentencia de fecha nueve de mayo dos mil dieciocho , dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia N° 9-BIS de Salamanca, en los autos de ORDINARIO 581/17, de los que dimana este rollo; que confirmamos en su integridad, con la única salvedad de corregir el simple error aritmético cometido en la misma, de modo que donde en el fallo de dicha sentencia se dice: "... y que ascienden a 9997 € s.e.o.u."; debe decir: "... y que ascienden a 7.745,57 €". Todo ello con imposición a la parte apelante de las costas de este juicio.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

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