

Roj: SAP H 2/2014 - ECLI:ES:APH:2014:2
Id Cendoj: 21041370032014100001
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Huelva
Sección: 3
Nº de Recurso: 151/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE MARIA MENDEZ BURGUILLO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

HUELVA

APELACION CIVIL

Rollo número: 151/13

Autos de Juicio Ordinario número: 462/2011

Juzgado de lo Mercantil

S E N T E N C I A Núm.

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. José María Méndez Burguillo

Magistrados:

Dña. Carmen Orland Escámez

D. Luis G. García Valdecasas García Valdecasas

En la Ciudad de Huelva a veintiuno de marzo de dos mil catorce.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, compuesta por los Magistrados anotados al margen y bajo la ponencia del **Ilmo. Sr. D. José María Méndez Burguillo** ha visto en grado de apelación el recurso interpuesto por **GARAJES SANTA INES S.L.**, representado en esta alzada por la Procuradora Sra. García Aznar y defendido por el Letrado Sr. Olaya Ponzzone y como apelado **BANCO MARE NOSTRUM S.A.** representado en esta alzada por la Procuradora Sra. Moreno Cabezas y defendido por el Letrado Sr. Contreras Hernández.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Aceptamos los correspondientes de la Sentencia apelada.

SEGUNDO .- Cuya parte dispositiva dice: *"FALLO/ Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sra. García Aznar, en nombre y representación de la mercantil Garajes Santa Inés SL., absolviendo a la demandada de las pretensiones de la misma. Haciendo imposición a la parte demandante de las costas ocasionadas"*.

TERCERO .- Notificada la sentencia a las partes, la representación de la demandante interpuso recurso de apelación contra la misma, que fue admitido en ambos efectos, y emplazadas las partes y remitidos los autos originales a esta Audiencia, se sustanció el recurso por todos sus trámites, señalándose para deliberación, votación y fallo, la fecha de hoy, en que efectivamente ha tenido lugar.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- El tema que nos ocupa referido a usuarios de productos bancarios (swaps, IRIS, **cláusula suelo**, intereses, etc.,) nos obliga a hacer referencia al mosaico normativo que actualmente configura el conjunto de normas que regulan la actividad bancaria y cómo se lleva a cabo su coordinación con la normativa de protección de los consumidores.

La amalgama de referencias utilizadas por el legislador hace necesario distinguir los destinatarios del régimen jurídico específico dirigido a su protección.

La inclusión y protección a las personas jurídicas, no debe resultarnos extraña, ya que la finalidad de la normativa de protección del consumidor no es proteger a una determinada categoría de sujetos, sino garantizar el equilibrio contractual cuando las condiciones de mercado no bastan para ello, y ese desequilibrio debe evaluarse en el momento en que se formaliza un contrato específico. **Es la existencia de los llamados "fallos de mercado" lo que justifican esa actuación legal, cuando la competencia en el mercado no basta por sí misma para proteger al consumidor .**

Es por ello que si bien es cierto que el profesional o empresario por su propia naturaleza, no se encuentra en una situación de inferioridad negocial en la generalidad de los casos, ya que dispone de preparación técnica o de recursos para hacer valer sus derechos, no lo es menos que en determinados ámbitos su profesionalidad no es suficiente para garantizar la defensa de sus derechos, tal es el caso del régimen legal de las condiciones generales de la contratación, aplicable siempre que estemos ante **cláusulas** predispuestas por un profesional, y no solamente cuando la contraparte sea un consumidor en el sentido dispuesto por el TRLGDCU. No cabe otra manera de entender la legislación de protección del consumidor, sin que ello suponga una inferencia no deseada por el legislador en la libertad contractual que constituye el principio básico de la contratación , por ello no nos referimos al derecho de los consumidores como rama autónoma de nuestro ordenamiento, sino como conjunto de normas que actúan donde es necesario proteger a la parte más débil del contrato.

Las entidades financieras asumen como objetivos, el llamado espacio MIFID, como consecuencia de la entrada en vigor de la Directiva 2004/39 CE, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros, y sus dos normas de desarrollo, la Directiva 2006/76 CE ya citada y el Reglamento CE 1287/2006 .

En aplicación de la misma se exige la clasificación de los clientes a los que se presten servicios de inversión en las nuevas categorías; **minorista profesional y contraparte elegible, para adaptar las medidas de protección a los inversores a la clasificación asignada.**

Así, los clientes minoristas, fundamentalmente todos los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y post constitucional que ha de ser puesta a disposición de los mismos.

Añadir al respecto que en últimas normativas los conceptos de profesional o minorista, en el contexto MIFID han sustituido a los conceptos consumidor o no consumidor .

Así:

- El artículo 78 bis - del texto vigente al de la Ley del Mercado de Valores , al distinguir las clases de clientes, dispone :

"... 1. A los efectos de lo dispuesto en este Título, las empresas de servicios de inversión clasifican a sus clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

3. En particular tendrá la consideración de cliente profesional:

a) Las entidades financieras y demás personas jurídicas que para poder operar en los mercados financieros hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea.

Se incluirán entre ellas las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las compañías de seguros, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, los fondos de titulación y sus sociedades derivados de materias primas, así como operadores que contraten en nombre propio y otros inversores institucionales.

b) Los estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Central Europeo, El Banco Europeo de inversiones y otros de naturaleza similar.

c) Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

"1º. Que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros;

2º. Que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros.

3º. Que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros".

d) Los inversores institucionales que, no incluidos en la letra a) tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros.

Quedarían incluidas en este apartado, en particular, las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras.

Las entidades señaladas en los apartados anteriores se considerarán clientes profesionales sin perjuicio de que puedan solicitar un trato no profesional y de que las empresas de servicios de inversión puedan acordar concederles un nivel de protección más amplio.

e) Los demás clientes que lo solicitan con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas...

4. Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales..."

Dado que los derivados financieros son productos complejos, a tenor de lo que se desprende el párrafo tercero, ii) de la letra a) del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, las entidades que los negocian prestan servicios de inversión (artículo 62) y tienen las obligaciones de diligencia y transparencia e información que se establecen en sus artículos 79 y el ya mencionado 79 bis.

El primero de ellos dispone: "las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo".

El artículo 79 bis establece en estos términos el contenido de las obligaciones de información :

"... 1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser inidentificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencias del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión o instrumentos financieros que más le convengan".

7. Cuando se preste servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicio de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto

o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente".

El Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, se establecen normas especiales sobre Evaluación de la idoneidad y de la conveniencia: (art. 72 y ss.).

En cuanto a la carga de probar la suficiencia y claridad de la información, de la combinación del contrato de adhesión y de la facilidad probatoria que preconiza el artículo 217 de la vigente Lec., **se desprende que es la entidad de crédito la que debe probar que ha cumplido con los deberes de información necesarios según la legislación vigente, incluso siendo la prestataria una empresa, la diligencia que le es exigible no es la de un buen padre de familia sino la del ordenado empresario y representante leal, en defensa de los intereses de sus clientes.**

Parece, en fin, oportuno recordar que el artículo 1288 del Código Civil dispone tajantemente que "... (la) interpretación de las **cláusulas** oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad...".

Aplicación específica de este principio general es el artículo 6.2 de la Ley 7/1988 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. A su tenor, "... 2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente...", en la medida en que, estando incorporadas a un modelo prerredactado por él, y siendo asimétrico el poder de negociación (gargaining power) de las dos partes contratantes, escorado a favor de la entidad bancaria, en cuanto a las posibilidades de configuración de los términos del contrato, se presupone (salvo prueba en contrario), siguiendo las enseñanzas de la experiencia común de la vida, que la oscuridad de la redacción es imputable a esa entidad, incluso sino la ha introducido deliberadamente para favorecer sus intereses.

Y no olvide que, si resultara absolutamente imposible (dada la oscuridad de sus términos) recomponer el alcance de lo convenido, cuando afecte a su objeto principal, dispone el artículo 1289 del Código antes citado que "... el contrato será nulo...".

Por su parte, la Dirección General del Mercado Europeo es favorable a la aplicación del MIFID y esta normativa MIFID debe aplicarse en España a los swaps asociados a préstamos bancarios.

Lo dicho hasta ahora lo refuerza lo dispuesto en la Orden EHA 2899/2011 y en lo que respecta a los art. 24 y 25 de dicha Orden decir que :

Esa orden ministerial esta dedicada a la "transparencia y protección del cliente de servicios bancarios".

. A favor de los contratos bancarios hay que decir que todo incumplimiento de normas administrativas no da lugar a la nulidad de un contrato civil, no obstante lo cual, también hay muchas resoluciones que deriva a la nulidad el incumplimiento de normas administrativas que afecten al consentimiento.

3. a) La normativa MIFID que desarrollo en España la Ley 7/2007 y el Decreto 217/08 exige a los bancos una información clara, imparcial y no engañosa sobre el producto financiero a contratar, y a su vez a recibir la información necesaria sobre el cliente.

b) La Orden de EHA/2899/2011 de 28 de octubre de protección del cliente del Servicio Bancario, obliga a las empresas de servicios de inversión a clasificar al cliente en profesional o minorista; aunque esta orden habla de "profesionales o minoristas" en la normativa o doctrina citada a lo largo de esta resolución se han utilizado los conceptos de:

Usuario: Consumidor (persona física o jurídica)

Cliente bancario

Profesional o minorista

Vamos a delimitar los conceptos, a saber:

. **Consumidor es la persona física o jurídica** que actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial.

Una sociedad mercantil como la actora puede ser considerada consumidor si actúa para financiar su empresa aunque tenga la empresa otros fines u objeto social.

Aunque no sea consumidor también cualquier cliente bancario, tiene protección a través de las normas, entre otras, en la EHA/2899/2011 y la entidad bancaria tiene igualmente un deber de información para el cliente bancario que no sea consumidor.

c) **Un empresario puede ser considerado consumidor y profesional a la vez reuniendo características de uno u otro** y en el ámbito de la banca necesita protección y garantías en defensa de sus derechos.

d) **Entre los clientes y minoristas** se consideran profesionales a los que se presume experiencia, conocimiento y cualidades necesarias para contratar.

Se consideran clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales.

En este caso la actora según la normativa anteriormente redactada no está excluida de la normativa MIFID y también tiene protección frente a la Entidad Financiera .

PRIMERO.- Una vez hecha la exposición anterior vamos a dedicar los razonamientos siguientes al objeto del pleito y a la resolución del mismo (" ello siguiendo y dando respuesta a los motivos de recurso y de oposición) manteniendo el criterio, de esta Sección Tercera de Huelva recogido en diversas resoluciones desde el año 2011 en materia de swaps").

Según se deduce de los antecedentes de la sentencia recurrida, se celebró audiencia previa y sólo se admitió documental (no pruebas personales como el representante del banco) al haber acuerdo en la fijación de los hechos solo fue objeto de debate la cuestión jurídica.

Los hechos son:

"El 29 de junio de 2006 se otorgó escritura pública, por el que la demandada, Mare Nostrum, se subrogó en 10 préstamos con garantía hipotecaria, por un importe total de 1.839.917,35 €, anteriormente suscritos por la demandante Garajes Santa Inés S.L., con otra entidad de crédito, recogiendo como tipo de interés inicial el 4,15 % variable de Euribor más 0,75 % tipo mínimo de 3,75 % y máximo 14 %; El 5 de noviembre de 2008, las partes otorgaron, sendas escrituras públicas de préstamo con garantía hipotecaria, en la que, también se establecía un interés inicial de 7,40 % variable de Euribor más 2%, mínimo 4% y máximo 14 %.

El 14 de junio de 2011 remitió la actora a la demandada, carta con referencia a las diferentes resoluciones declarando la nulidad de las **cláusulas**, interesando su anulación y la devolución de lo cobrado de más, petición no atendida por el entidad de crédito. Estimando nula la **cláusula suelo**, por vulnerar la Ley y ser abusiva, en tanto que impuesta por la demandada virtud de su posición de dominio, siendo contraria a la buena fe y causando un desequilibrio entre las prestaciones de las partes.

De este modo, existiendo conformidad en los hechos, el objeto del procedimiento se reduce, así lo entiende el Juez, a una cuestión jurídica, " el carácter del pacto de mínimo, **cláusula suelo, sobre intereses en los préstamos en cuestión, sí constituye o no condiciones generales de la contratación; así como si es nulo, en tanto, que contrario a la Ley y abusivo. Correspondiendo a la demandada, en su caso, la prueba del carácter negociado y no impuesto de los pactos impugnados, y a la demandante, la de los motivos y causas de nulidad (Art. 217 LEC .)".**

SEGUNDO.- Sobre la prueba de la oferta vinculante.

Se hace referencia en varios de los apartados de la Sentencia recurrida a que existía y, se le entregó a los clientes, oferta vinculante de los préstamos objeto del pleito que, ha quedado probado que los clientes conocían todas las condiciones de los préstamos con anterioridad suficiente a la firma de las hipotecas, y, al respecto, hacemos las siguientes apreciaciones y/o salvedades:

I.- Escritura de subrogación préstamo hipotecario de 29/06/2006 (doc. 1 de la demanda):

Las ofertas vinculantes que se incorporan a la escritura precitada tienen la misma fecha de emisión y firma que la propia escritura de subrogación, el día 29/06/2006. Es decir, que se han aportado las mismas a la documentación contractual el mismo día de la firma de la escritura, **sin tiempo material suficiente para que el cliente estudiase y analizara las condiciones incluidas en las mismas, por lo que no cumplen su función esencial de transparencia, toda vez que la información clara al cliente debe ser con carácter previo al perfeccionamiento del contrato, en la fase pre-contractual, no de forma coetánea, no en el momento de la firma de la hipoteca, no en el acto del perfeccionamiento.**

II.- Escrituras de préstamos hipotecarios de 05/11/2008 (docs 2 y 3 de la demanda):

Lo que se ha aportado, junto a las escrituras de préstamos hipotecarios, no son ofertas vinculantes, **son los CERTIFICADOS de concesión de los préstamos emitidos por el director de la sucursal del banco, al objeto de que el notario redacte la correspondiente minuta, que se han firmado por el cliente** el mismo día del otorgamiento de las respectivas escrituras de préstamos hipotecarios (05/11/2008), no antes, aunque tengan fecha de emisión de sólo dos días antes (03/11/2008).

No se negociaron previamente las condiciones con el cliente, se le impusieron el día de la firma. Lo único que sabía el cliente es que iba a firmar unas segundas hipotecas, como ampliación de los préstamos a modo de refinanciación, para obtener algo de liquidez, de manera coyuntural, con la que poder hacer frente a los pagos de los préstamos hipotecarios con el banco.

Llegados a este punto, debemos hacer las siguientes reflexiones:

1.- ¿ Quien puede pensar que un cliente vaya a negociar y pactar que se le empeoren las condiciones financieras de sus hipotecas, pasando de pagar Euribor + 0,75 % a Euribor + 2% y elevando el tipo mínimo o **cláusula suelo**, del 3,75 al 4 %, además de tener que pagar un tipo de interés inicial del 7,40 % cuando, en esas fechas (noviembre de 2008), el Euribor rondaba el 4,25 % y había emprendido su senda bajista que comenzó en septiembre, con motivo de la crisis financiera que se inició en 2007 con "las hipotecas sub-prime en EEUU" y, luego siguió, con "la quiebra de Lehman Brothers?".

2.- No se entiende que una empresa vaya a negociar y pactar con el banco que se le empeoren las condiciones financieras a aplicar al total del importe de sus hipotecas, que ascendía a unos 1.800.000 euros en esa época, por firmar dos ampliaciones, como refinanciación, de sólo 37.000 euros cada una. En todo caso, sería lo normal que se hubiesen pactado esas condiciones más desfavorables sólo para el importe de la refinanciación (74.000 euros), no para todo el capital de los préstamos (1.800.000 euros).

3. - Puede alguien ser consciente de firmar y haya negociado una limitación de tipos de interés a la baja del 4% y al alza del 14 % cuando el tipo máximo del Euribor no superó el 5,50 % y la media del mismo, en toda su historia, desde 1999, ronda el 2,90 %. ¿Por qué no se estableció el límite al alza en un tipo de interés proporcional y semejante, en vez de ese inalcanzable 14 %?.

Es claro que con los documentos precitados, aportados junto a las escrituras de préstamo hipotecario, no se cumplen los deberes de transparencia a que está obligado el Banco ; ya hemos dicho bastante en relación a los deberes de transparencia de la entidad financiera expuestos al comienzo de esta resolución.

TERCERO.- Planteada la cuestión, se ha de partir del contenido del artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), conforme al cual , "1. Son condiciones generales de la contratación las **cláusulas** predispuestas, cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes. (con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias), habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. 2. El hecho de que ciertos elementos de una **cláusula** o que una o varias **cláusulas** aisladas se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global legal lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión".

Deben concurrir, por tanto, cuatro requisitos para que una cláusula sea calificada como condición general de la contratación (y así se recoge en la STS 9/05/2013):

1º **Contractualidad** , esto es, que la inserción de la **cláusula** en el contrato no sea consecuencia del acatamiento de una norma imperativa.

2º **Predisposición** (en el sentido de **cláusula** prerredactada).

3º **Imposición por una de las partes** .

4ª **Utilización en una pluralidad de contratos** .

Suelen defender, a este respecto, las entidades financieras que dado que la firma del préstamo con garantía hipotecaria va precedida de una negociación, con entrega de una oferta vinculante, regulada minuciosamente en la OM 5 de mayo de 1994, sustituida por la OM 28 de octubre de 2011, **nunca podríamos estar ante una condición general de la contratación. Incluso se decía que no podía ser calificada como tal condición general de la contratación por afectar a un elemento esencial del contrato, el precio y, precisamente por ello, el consumidor conoce la cláusula y la acepta libre y voluntariamente** (en este sentido, la SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011).

Esta cuestión ha quedado definitivamente zanjada por la STS de 9 de mayo de 2013 citada que viene a decir que :

a) El hecho de que se refieran -las **cláusulas suelo**- 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 define 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.

Concluyendo que: "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 o se adhiere y consiente contratar con dicha **cláusula** o debe renunciar a contratar".

Admitido, conforme a la STS de 9 de mayo de 2013 , que la **cláusula suelo** es una condición general de la contratación deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente del significado jurídico-económico.

Como ya dijimos, en los primeros fundamentos no se ha probado por la entidad demandada que la misma haya cumplido con su deber de transparencia en los términos definidos por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia citada de 9 de mayo (con su aclaración de 3 de junio), pues, no se ha probado por la entidad financiera, que haya informado perfectamente a su cliente del comportamiento previsible de los índices de referencia de tal forma que cuando el **suelo** estipulado lo hiciera previsible, estuvieran informados de que lo estipulado era un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirían o lo harían de forma imperceptible en su beneficio.

Efectivamente, el Tribunal Supremo admite en su sentencia que la **cláusula** analizada supera los requisitos de incorporación al contrato. En dicha Sentencia número 241/2013, de 9 de mayo , comienza por examinar si la **cláusula** en cuestión supera los requisitos de incorporación (documental), para concluir que, aunque se cumplan los requisitos para que la **cláusula** quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, complitud, legibilidad y que se facilite un ejemplar al adherente (artículo 5 y 7 LCGC), con ello no acaba el análisis, pues, si bien la **cláusula** puede haber superado el control de inclusión documental (en el sentido de transparencia formal), cuando la misma contribuye a definir el objeto principal del contrato, puede no ser válida porque se considere que no transparente.

En palabras del Profesor Pertínez Vélchez " *El argumento tiene el mérito de haber derribado un muro dogmático que identificaba, por una parte, la transparencia de las condiciones generales con los requisitos de incorporación y, por otra parte, el control de las **cláusulas** abusivas con una mera cuestión de desequilibrio objetivo entre los derechos y obligaciones de ambas partes. La sentencia rompe con esta tendencia y considera que la falta de transparencia respecto del objeto principal del contrato -precio y contraprestación- puede ser la causa de un perjuicio para el consumidor, consistente en el valor de la oferta, tal y como legítimamente se la había representado a partir de la información proporcionada por el empresario*".

Ahora bien, el que la **cláusula** resulte clara que no es, a la hora de leerla (como sostiene la entidad bancaria, no implica que el consumidor haya comprendido, por la información que le facilita el banco, cómo jugará la citada estipulación en la vida del contrato.

No tenemos datos que permiten entender acreditado que se hubieran simulado escenarios posibles, ni informado del coste comparativo de asegurar la variación del interés o de otros préstamos en los términos expuestos. No se acredita tampoco una información suficiente en la fase de negociación sobre los límites a la variabilidad del mínimo del interés. No hay constancia de que el Banco hubiera dado a dicha **cláusula** la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, teniendo en cuenta que no basta una redacción clara de **cláusula**. En definitiva, no se acredita que la entidad incidiera en la información de la **cláusula suelo** en su negociación con los consumidores, para que estos tuvieran un conocimiento cabal de lo que estaban contratando y de la carga asumida por la suscripción del préstamo con tales condiciones, estimando que los actores no tuvieron al tiempo de la firma información suficiente para poder comprender el significado económico de la **cláusula** que estaban asumiendo con su firma.

CUARTO.- Sentado que la **cláusula** controvertida no supera el control de transparencia, conforme se ha examinado se abre la posibilidad de efectuar un control de abusividad de la **cláusula** .

De acuerdo con lo que prescribe el artículo 8 LCGC las condiciones generales que contradigan cualquier norma imperativa o prohibitiva son nulas de pleno derecho (salvo que se establezcan un efecto distinto para el caso de contravención), siendo en particular nulas las que sean abusivas en contrato celebrado con consumidor.

Esta abusividad se concreta (art. 3.1 de Directiva 93/13 y 82.1 TRLCU) en que contradiciendo las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor, en un control abstracto que atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha de suscripción del contrato y las previsibles por un empresario diligente a corto/medio plazo .

Dicho desequilibrio no ha de entenderse en términos económicos, sino en el sentido de real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos de abstracto. Si bien el futuro a medio/largo plazo es imprevisible, los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia dan cobertura exclusivamente a la entidad crediticia y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable (el tipo pasa a ser variable únicamente al alza).

Debe, en definitiva, estimarse la demanda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 7/0998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación , sin que ello conlleve la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo al artículo 10 del mismo texto legal .

Sobre este extremo se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de junio de 2012 , entre otras sentencias, respondiendo a una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona con relación a un proceso monitorio y el examen de oficio del carácter abusivo de una **cláusula** sobre intereses de demora . Dicha resolución sostiene que el Juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una **cláusula** contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Es decir, el juez nacional no tiene una facultad sino una obligación de pronunciarse sobre el carácter abusivo de una **cláusula** contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello. Asimismo, manifiesta que no puede modificar ni integrar el contenido del contrato tras declararla nula por abusiva.

En consecuencia, la **cláusula** nula por abusiva no puede ser ni modificada ni reparada, y se elimina del contrato, conservando el resto; sin contradicción con el artículo 83.2 del citado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; el cual no puede permitir una integración en beneficio del predisponente (a quien se le ha atribuido mala fe para definir aquella como abusiva), dado que precisamente, tal integración debe operarse sobre el principio de la buena fe objetiva. **Por todo ello, el préstamo hipotecario mantiene su vigencia, con eliminación de la cláusula, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo de variable contenida .**

QUINTO.- Por último, queda por examinar si, como consecuencia de la nulidad declarada, deben restituirse las cantidades percibidas de más por el Banco, por activación de la **cláusula suelo** (artículo 1303 Cc .).

Ya es de sobra conocido el criterio de este Tribunal Sección Tercera sobre este particular, entendiendo que dicha devolución de cantidades es consecuencia lógica de la declaración de nulidad, sin que, sean de aplicación en este punto y al presente caso, las conclusiones que se alcanzan en la Sentencia del Tribunal Supremo citada de 9 de mayo de 2013 , que declara la irretroactividad de la sentencia, invocando el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la CE ., por el riesgo que para el sistema económico español pudiera suponer esa declaración de la obligación de restituir las prestaciones.

Si bien es cierto que el Tribunal Supremo rechazó los efectos retroactivos de su sentencia, a pesar de la declaración de nulidad, por los motivos que expone en su resolución, invocando el principio de seguridad jurídica, es criterio de esta Sala (así como de otros Juzgados de lo Mercantil, entre otros) que, declarada la nulidad de la **cláusula suelo** por falta de transparencia, y mientras no se modifique o derogue el artículo 1.303 Cc ., no existiendo una disposición legal específica que apareje otra consecuencia a la declaración de nulidad, debe condenarse a la entidad demandada a la devolución de las cantidades percibidas de más, por la aplicación la citada **cláusula**, precisamente, en virtud del principio de seguridad jurídica, que se estaría inobservando si, a pesar de declarar la nulidad, no se aplicara lo dispuesto en el artículo 1.303 Cc .

Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo adoptó su decisión resolviendo una acción colectiva de cesación, mientras que en el presente caso se trata de una acción individual de declaración de nulidad. Esta postura es la también seguida por las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava de fecha 9 de julio de 2013 (Ponente Sr. Rodríguez Achútegui) y 21 de noviembre de 2013, que inciden en el hecho de la distinta acción ejercitada en el caso enjuiciado por dicha Audiencia y el visto por el Tribunal Supremo, que dio lugar a su Sentencia de fecha 9 de mayo de 2013. En el mismo sentido, se pronuncian las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante de 23/07/13, de Cuenca de 30/07/13 y de Murcia de 12/09/13.

Ha de tenerse en consideración el hecho de que los efectos de la acción colectiva de cesación se proyectan hacia el futuro, a diferencia de lo que ocurre cuando se ejercita una acción individual de declaración de nulidad. Además, el Tribunal Supremo, en su Sentencia adopta el criterio de la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad basándose, como se ha dicho, en que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, riesgo que no se daría en el supuesto enjuiciado, en que por la cuantía de lo reclamado no se quiebra ni se pone en riesgo el sistema económico.

Es cierto que el Alto Tribunal en su Sentencia no justifica su decisión distinguiendo entre acción colectiva de cesación de nulidad y acción individual de declaración de nulidad, y así se ha apuntado por parte de la doctrina ("Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos". Revista CESCO, septiembre de 2013, Dña. Alicia Agüero Ortiz). Sin embargo, las consecuencias no pueden ser las mismas según se ejercite una u otra acción.

En palabras del Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Francisco Javier Orduña Moreno, "el acierto del fallo -en cuanto a la posibilidad de limitar la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad- puede fundamentarse de una forma más sólida acudiendo al análisis de la propia naturaleza y función de este modo de contratar que informa tanto su eficacia negocial como la tutela dispensada, todo ello en orden a la mejor comprensión de cómo en esta práctica de contratación la retroactividad de la declaración de nulidad de una determinada cláusula no opera como una regla general, ni debe ser aplicada de forma autónoma sin relación de continuidad con la estructura de eficacia contractual ya desplegada... La naturaleza y función de este fenómeno contractual determina, por tanto, que el control tenga por objeto la propia eficacia funcional, que no estructural, del contrato celebrado y que, además, dicho control se articule, conforme a sus componentes técnicos, mediante una clara "interpretación integradora" del contrato que, de por sí, se realiza "desde y por" la validez y eficacia del mismo en toda su unidad sistemática, a diferencia de lo que ocurre con los vicios o defectos estructurales; de forma que dicho control no se realiza o proyecta aisladamente sobre el radio de acción de una determinada cláusula contractual, sino sobre su posible ineficacia funcional integrada en el marco de la relación contractual desplegada". (Legaltoday.com 11 de octubre de 2013). "Desde esta perspectiva analítica se comprende que la nulidad radical no juegue en la contratación bajo condiciones generales como una auténtica regla general de aplicación autónoma, sino que adapte su sanción al peculiar juicio de ineficacia funcional que comporta el control de esta práctica de la contratación. Planteamiento que bien puede inferirse de la necesaria interpretación sistemática del artículo 8.1 LCGC con los artículos 9.2 y 10.2 del mismo Cuerpo Legal, en donde "la aclaración de la eficacia del contrato" o "la integración de la parte afectada del contrato" se remite a la interpretación integradora del art. 1258 CC y, con ella, la posibilidad de que el Juez valore la retroactividad que pueda derivarse conforme a los parámetros de la buena fe, el uso y la Ley y, en extensión de esta última, el propio orden público económico" (Orduña Moreno, Francisco Javier. "Control de transparencia y cláusulas suelo", publicado en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 871/2013).

No compartimos esta argumentación justificativa de la negación de efectos retroactivos de la declaración de nulidad, pues ningún precepto legal ampara esta distinción sobre los efectos de la declaración de nulidad según se trate de un contrato de los contemplados en el Código Civil o de una contratación en masa propia de la realidad actual.

En todo caso, a la hora de resolver cualquier litigio que se plantee, los Jueces y Tribunales, tiene el deber inexorable de resolver conforme al sistema de fuentes establecido (artículo 1.7 Cc), ocupando el primer lugar en la jerarquía de fuentes la ley (art. 1.1 Cc), atribuyendo el artículo 1.6 del mismo cuerpo legal a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo la función de complemento del ordenamiento jurídico.

SEXTO.- CONCLUSIONES.

a).- Las ofertas de los préstamos no cumplían su función esencial de transparencia, la información al cliente no es clara y con carácter previo al perfeccionamiento del contrato, en la fase

pre-contractual, no de forma coetánea, no en el momento de la firma de la hipoteca, no en el acto del perfeccionamiento.

Es claro que con los documentos aportados junto a las escrituras de préstamo hipotecario, no se cumplen los deberes de transparencia a que está obligado el banco.

b).- La **cláusula suelo** si es una condición general de la contratación. Concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 1 de la LCGC para atribuir a la misma ese concepto jurídico de condición general de la contratación.

Se incurre en una contradicción, en la resolución, toda vez que, precisamente, por ser la **cláusula suelo**, o limitativa de los tipos de interés a la baja, una condición general de la contratación, es por lo que se estimó la competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil que ha resuelto el litigio. **Si no fuese una condición general de la contratación, el procedimiento tendría que haberse seguido en un Juzgado de primera instancia.**

Es decir, en estas **cláusulas**, el principio de autonomía de la voluntad está muy mermado, como apunta nuestra Sentencia de A.P. de Huelva, Sección 3ª, de 04/06/2012, en su minuta 34: "... pues el contratante débil sólo puede prestar su consentimiento general a la celebración o no del contrato pero no ha podido ejercer su libertad negocial para discutir la existencia de la **cláusula** concreta ni su alcance. En consecuencia nunca puede validarse la exigibilidad del pacto al amparo de la libertad contractual o la autonomía de la voluntad dado que esta libertad de pacto no existe por su propia definición". Es decir, puede llegar a haber libertad para contratar, pero nunca libertad de contratación o negocial.

c) **Cláusula suelo** no es un elemento esencial del contrato.

Al respecto, ya se argumentó que las **cláusulas suelo** no son un elemento esencial del contrato por los siguientes motivos:

1.- **Los intereses no son un elemento esencial del contrato de préstamo**, toda vez que nuestro Código Civil, en su artículo 1.740, establece que los préstamos pueden ser gratuitos.

2.- Las **cláusulas suelo** no forman parte del precio cierto y determinado del préstamo, es un elemento accesorio al mismo, puesto que, pueden llegar a aplicarse o no, en función de la variación de los tipos de interés, y, si se obvia su aplicación, si se suprime del préstamo la **cláusula**, el préstamo sigue teniendo plena vigencia y eficacia, como está ocurriendo de hecho en todos aquellos supuestos en que se está declarando nula.

3.- **En cualquier caso, con base en la STJUE de 03/06/2010 sobre el redondeo al alza**, aún cuando en un improbable supuesto, se considerara la **cláusula** debatida como parte esencial del precio, **ello no evita que se pueda realizar un control de legalidad**. En este mismo sentido resuelve la Sentencia de la AP de Huelva, Sección 3ª, de fecha 04/06/2012, en su minuta 36.

En definitiva, elemento configurador no significa que sea esencial, puesto que existen préstamos sin limitaciones, y, en todo caso, es posible el control de abusividad de las cláusulas que se refieran al objeto del contrato, tal y como resolvió la precitada STJUE (Luxemburgo) de 03/06/2010.

d).- **Cláusula suelo** sí es contraria a la buena fe contractual.

La buena fe hay que entenderla en sentido objetivo, como criterio de valoración de determinadas conductas que tiene en cuenta las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico, es decir, se trata de la buena fe tal y como la configura el artículo 1258 Código Civil, solamente que llevaba a un momento anterior al de los efectos del contrato, al de la perfección del mismo. Esto hemos de ponerlo en conexión con la alegación séptima referente al alcance de los deberes de transparencia por parte del banco.

Siempre que, como consecuencia de lo pactado en una estipulación, en este caso sobre la determinación del pago de un tipo de interés mínimo a pagar por el prestatario, se genere un desequilibrio contractual injustificado y favorable a la parte más fuerte (en este caso, sin causa de justificación alguna, se limitan las posibilidades de que el prestatario disfrute totalmente de la bajada del tipo de interés), existirá carencia de esa buena fe objetiva que implica un comportamiento honrado y justo.

No puede haber buena fe cuando el **suelo** satisface el interés de la entidad prestamista de asegurarse una mínima rentabilidad del 3,75 % o 4 % si baja el euríbor a determinados niveles, a cambio de incorporar un techo, en este caso del 14 % que solamente satisfaría el interés del prestatario en circunstancias hoy estadísticamente imposibles.

Conforme al Preámbulo de la LCGC, puede ser nula una condición general de la contratación entre empresarios cuando: "sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes". De esta forma, el control de las condiciones generales de la contratación encuentra en la buena fe el principal escudo.

e).- **Cláusula suelo**, desequilibrio entre derechos y obligaciones. La reciprocidad obligacional en un contrato de naturaleza económica, como es un préstamo, no puede entenderse si no genera una reciprocidad económica, y esta es la razón fundamental por la que se declararon abusivas las **cláusulas** del redondeo, siempre y sólo, al alza.

En nuestro caso, es evidente y palmario que no hay compensación y proporcionalidad entre los límites al alza (14%) y a la baja (3,75 % y 4%) predispuestos por el banco. El techo es inalcanzable en nuestros días y el **suelo**, además, está por encima de la media del Euribor desde su creación en 1999 que ronda el 2,90 %. Podría haber equilibrio y semejanza entre unos tipos mínimos, por ejemplo, del 1,5 o del 2% y unos máximos del 5,50% o del 6%. En estos casos, ambas partes, quedarían cubiertas ante eventuales subidas o bajadas de los tipos de interés.

f).- **Cláusula suelo. Abuso posición dominante del banco con un empresario.**

Las **cláusulas** objeto del presente procedimiento son claro exponente de esa situación de abuso de posición dominante que el legislador ha identificado y regulado como determinante de la nulidad de una condición general que afecta a una mercantil, como es este caso, que comporta un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato y es contraria a la buena fe.

Tal y como manifestábamos en el preámbulo la posibilidad de declarar el abuso de posición dominante por parte del demandado abarca tanto a contratos con clientes consumidores, como con empresas, personas jurídicas, debiéndose recordar que el artículo 2 LCGC dispone:

" Artículo 2. Ámbito subjetivo.

1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica- adherente-.

3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad".

Ello va en consonancia con la declaración de la Exposición de Motivos de la referida LCGC, que en su Preámbulo señala:

" La protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual".

"Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios..."

Por otro lado, en la dirección de considerar a las personas jurídicas como consumidores o usuarios en supuestos de **cláusulas** abusivas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 3ª de 04/06/2012 .

Para terminar, en la precitada SAP de Huelva, en relación a la aplicación de la LCGC a nuestro supuesto enjuiciado, dice expresamente:

"Esta norma resultaría de aplicación a todo cliente bancario, porque como expone en su Preámbulo, no sólo pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, sino también los de cualquiera que contrate con un profesional que recurra al uso de condiciones generales y esas condiciones pueden darse tanto en las relaciones de profesionales entre sí, como de éstos con consumidores".

g).- **Cláusula suelo. Deber de transparencia en la contratación .**

En este apartado vamos a desarrollar que ha de entenderse por transparencia en la redacción de las **cláusulas** contractuales predispuestas (**cláusulas** de adhesión), como es la **cláusula suelo** litigiosa, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, tomando como base la STJUE, Sala 5ª de 10 de mayo de 2001 .

La Directiva comunitaria sobre **cláusulas** abusivas 13/1993 prescribe en su artículo 5 un deber del predisponente de redactar las **cláusulas** que se presenten al adherente por escrito de manera "clara y comprensible", esta es la denominada regla de transparencia en los contratos. Con este precepto, la transparencia pasa a asumir el papel de elemento constitutivo del supuesto de hecho de un deber positivo, lo que plantea la necesidad de determinar su alcance jurídico.

El debate doctrinal sobre el alcance de la obligación de transparencia ha girado en torno a su relación con el control de equilibrio sustancial.

De las diferentes posibilidades interpretativas, entendemos que la obligación de transparencia no es un deber puramente formal de hacer cognoscibles las **cláusulas** para el adherente mediante una redacción clara y comprensible, sin que exista relación alguna entre la cuestión de la transparencia y el control de abusividad de la **cláusula**, sino que, debemos considerar que, entre la transparencia y la cuestión de la abusividad, existe de manera más o menos intensa algún nexo, de modo que la falta de transparencia en la redacción de una **cláusula** pueda ser las partes que comporte una declaración de abusividad.

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la regla de transparencia en la precitada Sentencia de 10/05/2001 que resuelve un litigio iniciado por la Comisión Europea.

La inobservancia de esta obligación de transparencia conectada a la información precontractual sobre los aspectos del contrato determinantes en la decisión de contratar, puede tener repercusiones en el plano del equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. La falta de transparencia de las **cláusulas** que incidan en la determinación de las prestaciones principales del contrato puede ser causa de un desequilibrio sustancial en perjuicio del cliente consistente en la alteración de la onerosidad del contrato y en la consiguiente privación de la posibilidad de elegir conscientemente de entre las diferentes ofertas del mercado.

Todo lo comentado es aplicable a la contratación de préstamos hipotecarios con **cláusula suelo** como el enjuiciado, de manera que, la obligación y deber de transparencia del banco no se puede limitar a presentar una oferta vinculante el mismo día de la firma del préstamo, sino que es necesario que el banco demuestre y pruebe, en base a las reglas de la carga de la prueba (artículo 217 LEC), que, con antelación suficiente a la firma de la operación, en la fase pre-contractual, se informó convenientemente al cliente sobre el alcance de esos pactos, sobre los riesgos de incluir esas **cláusulas**, con ejemplos prácticos de los posibles escenarios que puedan darse, sobre la evolución del índice de referencia subyacente de la operación y sobre la previsión razonada y razonable de su comportamiento en base a estudios reales.

Estos deberes de información transparente que compete cumplir al banco respecto a sus clientes, han quedado perfectamente definidos en las Sentencias de la AP de León de fechas 21/06/2012 y 30/05/2012 , en las que se afirma que las **cláusulas** del contrato no son información, a efectos de cumplir con los deberes de transparencia, por mas que se acuda al recurso fácil de decir que el contratante ha de leer aquello que firma, y someterse a ello en cualquier caso, porque la contratación de productos bancarios está reglada y, en particular, en relación con la información a facilitar por la entidad financiera. En cualquier caso, las **cláusulas** del contrato son estipulación y no información, ya que, cuando a uno de los contratantes se le imponen unas obligaciones de información, su cumplimiento no puede tener lugar a partir de los propios términos del contrato porque la información no sería previa, sino coetánea.

Por todo lo expuesto, se estima el recurso.

SÉPTIMO.- Al ser estimado parcialmente-totalmente el recurso, no procede imponer las costas de la alzada ya que el recurso prospera y al estimarse la demanda en primera instancia corren a cargo de la demandada las costas de la primera instancia. (Art. 394 y 398 de la LEC).

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

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por GARAJES SANTA INES S.L., representado en esta alzada por la Procuradora Sra. Garcia Aznar, **contra la sentencia dictada en los autos a que se contrae el rollo de Sala y su primer grado** por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia núm. 4 de lo Mercantil de fecha 4 de marzo de 2013, y **REVOCAMOS la indicada resolución en el sentido de**

ESTIMAR la demanda en ejercicio de la acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la Financiera Caja Granada en el sentido de :

1. Declarar la nulidad, por tener carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Primero de la presente demanda , es decir, de las cláusulas de los contratos de préstamos a interés variable que establecen un tipo mínimo de referencia del 3,75 % y del 4,00 % y un tipo máximo de referencia ambas del 14,00 %.

2. Condenar a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación, de los contratos de préstamo hipotecario objeto del pleito.

3. Condenar a "Caja Granada" a la devolución al prestatario demandante de la cantidad cobrada de más en el préstamo hipotecario en virtud de la aplicación de la referida cláusula, por cualquier concepto, incluidos los intereses de demora y/o comisiones, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

4. Condenar a "Caja Granada" a abonar al interés legal incrementado en dos puntos, aplicado sobre la cantidad a devolver, conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC (intereses mora procesal).

5. Condenar en costas a la parte demandada con expresa imposición de las de primera instancia y no imponer las costas del recurso.

A su tiempo, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con certificación de la presente y despacho para su cumplimiento y debidos efectos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.