

Id. Cendoj: 14021370012014100375

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Córdoba

Sección: 1

Nº de Resolución: 340/2014

Fecha de Resolución: 17/07/2014

Nº de Recurso: 660/2014

Jurisdicción: Civil

Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES

Procedimiento: CIVIL

Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA N° 340/14

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA

SECCIÓN PRIMERA

Presidente:

D. Felipe Luis Moreno Gómez

Magistrados:

D. Pedro José Vela Torres

Dña. Cristina Mir Ruza

APELACIÓN CIVIL

Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Córdoba

Procedimiento ordinario nº 341/12

ROLLO 660/14

En la ciudad de Córdoba a diecisiete de julio de dos mil catorce.

La Sección Primera de esta Audiencia ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en los autos referenciados seguidos a instancia de D^a Aurora , D. Luis Pablo Y LAVANDERIAS CORDOBESAS MARIA AUXILIADORA S.L. representados por la Procuradora Sra. Caballero Rosa y asistidos del Letrado Sr. González-Astolfi Infante contra la entidad BBK BANK CAJASUR, S.A.U., representada por el procurador Sr. Roldán de la Haba y asistida del Letrado Sr.

Paniagua Amo; siendo en esta alzada parte apelante D^a Aurora , D. Luis Pablo y Lavanderias Cordobesas Maria Auxiliadora S.L. y siendo ponente del recurso el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Audiencia Provincial DON Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida.

PRIMERO .- Seguido el juicio por su trámite se dictó sentencia por el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Córdoba con fecha 13/03/14 cuya parte dispositiva es como sigue: " Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda inicial de estos autos deducida por la procuradora D^a. Encarnación Caballero Rosa en nombre y representación de D^a. Aurora , D. Luis Pablo y LAVANDERIA CORDOBESAS MARIA AUXILIADORA S.L. contra CAJASUR BANCO S.A.U. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en el presente procedimiento "

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde fue recibido y turnado, habiéndose celebrado deliberación el día quince de julio de dos mil catorce.

TERCERO.- En la tramitación de esta alzada se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, y

1.- La sentencia de instancia desestima la demanda de nulidad de una condición general de un contrato de préstamo mercantil con garantía hipotecaria, consistente en la denominada "cláusula suelo" del pacto sobre intereses remuneratorios variables, con el agumento de que ni la prestataria ni los fiadores tienen la condición legal de consumidores, por lo que no les resulta aplicable ni el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (artículo 3), ni la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Insistiendo, además, en que el contrato de préstamo hipotecario en el que se incluye la mencionada cláusula suelo no se celebró para financiar una operación con consumidores, sino que se trató de un préstamo entre una entidad de crédito y una sociedad mercantil, de donde se desprende su carácter mercantil (artículo 311 del Código de Comercio), por lo que en la constitución de la fianza solidaria los Sres. Luis Pablo y Aurora no intervinieron tampoco como consumidores, sino como garantes de una obligación mercantil y, por tanto, partes de un contrato de fianza mercantil (artículo 439 del Código de Comercio).

2.- Sin embargo, la sentencia apelada no tiene en cuenta y ni siquiera toma en consideración que, aun no siendo posible la declaración de abusividad de una cláusula que afecta a consumidores, puede resultar de aplicación la normativa general sobre condiciones generales de contratación, como ya advirtió la Sentencia de la Sección 3^a de esta Audiencia Provincial de 18 de junio de 2013 . Ciertamente la Sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo, que actualmente es la referencia jurisprudencial en materia de cláusulas suelo, a falta de nuevos

pronunciamientos de nuestro más Alto Tribunal, en su fundamento jurídico 233 c), y como no podía ser de otra manera, rechaza expresamente que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero igualmente en el fundamento jurídico 201 recuerda que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, diciendo: *"En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[I]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-*. En consonancia con ello, las conclusiones a las que llega el Tribunal Supremo (fundamento jurídico 225) para considerar que la cláusula controvertida carece de transparencia -requisito del artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación -, son aplicables con independencia de las cualidades personales del adherente, al decir: *"En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas"*.

3.- Hechas las anteriores consideraciones, lo primero que debe analizarse es si la cláusula controvertida puede ser calificada como condición general de la contratación. A tal efecto, debemos partir de la base de que la mencionada Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ya dejó dicho que este tipo de cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, estableciendo como notas definitorias de gran interés para lo que aquí importa: " a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que éstas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes. c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial". Concluyendo dicha resolución, en lo que se refiere al sistema de imposición y vinculación de las condiciones generales de la contratación, lo siguiente: " a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor [léase en este caso adherente, que a estos efectos tanto vale] 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. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando

menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario" . Ello no obstante, y a fin de evitar equívocos -añade la sentencia-, "la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores (o adherentes añadimos nosotros) , no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio , se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo , que "la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad ". Dicho lo cual, en el caso de autos evidentemente la cláusula discutida ha de considerarse como cláusula impuesta en el ámbito de una condición general de la contratación.

4.- Establecido, pues, que la cláusula suelo es una condición general de la contratación, tenemos que examinar cuál es alcance del posible control a que pueda ser sometida, puesto que al referirse a los intereses remuneratorios del préstamo, forma parte del "precio" del mismo y constituye un elemento esencial del contrato. Respecto de lo cual, si la Sentencia del Tribunal Supremo 241/13 concluyó que no cabe el control de contenido de las estipulaciones esenciales (precio/prestación) ni siquiera cuando se trata de consumidores, cuanto más cabe llegar a dicha conclusión si como sucede en este caso el prestatario es una sociedad mercantil, no consumidora y que, per se, tiene ánimo de lucro. Ahora bien, ello no implica que, en tanto que condición general de la contratación, no pueda ser sometida a un control de transparencia e incorporación. En concreto, la mencionada Sentencia de nuestro más Alto Tribunal expresa: "las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC ". Como hemos dicho en Sentencias de la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial de 12 y 18 de junio y 31 de octubre de 2013 , aunque se cumplan los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y que se le facilite un ejemplar -arts. 5 y 7 LCGC), con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente, porque no garantice que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte, ni tampoco permita la adecuada elección del cliente en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, puesto que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, lo que se pretende asegurar es que el prestatario tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

5.- El Tribunal Supremo trata de concretar el requisito de transparencia aludiendo, en principio, a que exista una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Y el reproche que la Sala 1ª del Tribunal Supremo hace a las entidades bancarias en la Sentencia 241/13 es, precisamente, que se dé a la cláusula suelo una

relevancia "secundaria": " (las) propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula". La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que "convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euribor)". Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente. En este ámbito, la existencia de una cláusula "techo" es, no ya irrelevante sino directamente engañosa, en cuanto que genera una apariencia de simetría que induce a creer que el tipo de interés pactado es un tipo variable dentro de una banda con máximo y mínimo. Si, como es habitual, el techo es lo suficientemente elevado, no puede decirse que, económicamente, restrinja significativamente la variabilidad del tipo de interés. Por ello, y como hemos anticipado en el fundamento jurídico segundo, concluye nuestro Tribunal Supremo: " En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; e) En el caso de las utilizadas ..., se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

6.- Aplicando toda esta doctrina al caso de autos, las conclusiones no pueden ser diferentes a las obtenidas por las resoluciones citadas, aunque la prestataria no sea consumidora: la información respecto de la cláusula suelo incluida en el contrato suscrito por "Lavanderías Cordobesas María Auxiliadora, S.L." ("El tipo de interés aplicable al préstamo en cada periodo no podrá ser inferior al cuatro y medio (4,50)% nominal anual ni superar el doce (12)% nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación previsto, resultaran unos tipos de interés, inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos") es, a todas luces, insuficiente. En efecto, si la misma supera el control de inclusión, a efectos de su incorporación como condición general en el contrato, no lo hace en relación al de claridad exigible en las cláusulas, sean generales o particulares. Y es que lo elevado del suelo (superior a otros que esta misma Audiencia Provincial ha considerado abusivos, del 3% y el 4%) hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el informe del Banco de España indica que " estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas" -, de forma que, en frase afortunada de la Sentencia de Pleno 241/2013, "el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza". Por tanto, insistimos, la cláusula analizada no es plenamente transparente, y ello por cuanto que falta la información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de

la misma; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; y no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. Además, ha de tenerse muy presente lo establecido por el Tribunal Supremo en lo relativo al reparto de riesgos entre las partes, que incide netamente en la falta de transparencia; diciendo la Sentencia 241/2013: " *Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el Informe del Banco de España '[...] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes'*" (...). " *Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia (lo que es trasladable a la cláusula de autos, añadimos nosotros), dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como 'variable'. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza"* , según antes resaltamos.

7.- A efectos de conceptualizar la condición general como no transparente, pese a que el adherente no sea consumidor, es conveniente tener en cuenta que en la normativa bancaria (Órdenes Ministeriales, Circulares del Banco de España) se utiliza un término más amplio que el de consumidor o usuario, que es el de "clientela", como ámbito subjetivo merecedor de protección y que entronca con el concepto de adherente -consumidor o profesional- que emplea la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es cierto que las cláusulas suelo están admitidas por la normativa sectorial bancaria (incluso en las normas especiales aplicables a las personas físicas), pero como concluye la Sentencia 241/13 en su fundamento jurídico 178, ello " *no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario*". De hecho, el Informe del Banco de España que se cita en la indicada resolución propone, como una de las medidas para superar la polémica desatada sobre su aplicación, la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura y la promoción de prácticas de concesión y cobertura de créditos en los que la evaluación del riesgo de crédito de la operación tenga en cuenta los posibles escenarios de variación de los tipos y la mayor incertidumbre que tiene la operación. Y la tan citada Sentencia reproduce en su fundamento jurídico 159 una parte de dicho informe del Banco de España que incide netamente en la falta de negociación individual de la cláusula suelo y que dice: " *[U]n análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto,*

normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente [...] En definitiva, la aplicación de estas cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad". Es decir, el cliente no tiene capacidad real de influencia en la supresión o en el contenido de la cláusula, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar (lo toma o lo deja).

8.- Ciertamente es que, no tratándose de prestamista consumidora, no sería aplicable el doble control de transparencia que se desarrolla en la Sentencia TS 241/13, pero ello no impide que puedan tomarse en consideración las normas generales sobre consentimiento contractual. La Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: *"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"* (en similar orden de ideas, artículo 9 de la Ley de 29 de diciembre de 2004 sobre medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales). En este caso, teniendo en cuenta la diferencia de posición entre una entidad de crédito de grandísima importancia en el mercado financiero de la provincia y una pequeña sociedad que explota un pequeño negocio de lavandería industrial, y dándose el caso que el bien hipotecado ni siquiera es un activo de la sociedad, sino que es la vivienda familiar de los fiadores solidarios (basta con leer la escritura de préstamo hipotecario para constatar que el domicilio de los fiadores hipotecantes que figura en la misma es la propia finca hipotecada), las consideraciones que hace el Banco de España sobre la imposición de estas cláusulas a la clientela y la falta de prueba de que efectivamente la cláusula de limitación de intereses se negociara realmente y la prestataria fuera consciente de su alcance (insistimos, que no contrataba un préstamo a interés variable, sino uno a interés fijo variable al alza), no podemos sino considerar que la cláusula suelo objeto de controversia es nula; puesto que como precisó el Auto de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013, aclaratorio de la Sentencia 241/13, *"la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia"*; es decir, se predispone exclusivamente a favor de una de las partes, aprovechando su posición contractual de dominio, puesto que la prestamista no puede realmente optar por otras condiciones y la única manera de obtener el préstamo que necesita para el desenvolvimiento de su pequeña empresa es pasar por la horca caudina de la cláusula-suelo, pese a que se le impone la superposición de la garantía personal ilimitada de dos fiadores solidarios a la garantía real, constituida sobre la propia vivienda familiar de los citados fiadores. Como consecuencia de todo lo cual debe estimarse la demanda y declararse la nulidad de la cláusula impugnada, ordenando su eliminación del contrato celebrado entre las partes, conforme a los artículos 9.2 y 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en relación con los artículos 1.256, 1.261, 1.265, 1.266 y 1.300 del Código Civil.

9.- No obstante, no se agota en la mencionada pretensión de nulidad de la condición general litigiosa lo que se solicita en el recurso de apelación, puesto que también se postula que se condene a la entidad prestamista al reintegro de las cantidades

percibidas en aplicación de la cláusula ahora anulada. Siendo ya bien conocida la postura de esta Audiencia Provincial de no separarse de las conclusiones contenidas al efecto en la tan mencionada Sentencia 241/13, de 9 de mayo, del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que declaró que *«no ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia»*. Por tanto, para las entidades condenadas supone que no tienen que devolver todas las cantidades indebidamente cobradas desde que aplicaron la cláusula suelo en lugar del interés variable pactado, sino que sólo deben devolver aquellas que se perciban indebidamente a partir de la sentencia firme. La justificación, según la meritada Sentencia, radica en que tal solución ya se ha aplicado en alguna ocasión por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo. En particular, el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio, 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre, 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo. Mientras que el Tribunal Supremo también ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad dado que *«la "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad»* (STS 118/2012, de 13 marzo, rec. 675/2009). Y en la misma línea, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la reciente STJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, apartado 59, dispone que *«[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por... el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C- 263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59)»*.

10.- A mayor abundamiento, debemos tener presente que debe distinguirse entre nulidad relativa consecuencia de la ineficacia parcial del contrato y nulidad radical, resaltando -como hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2013 -, la excepcionalidad de esta última, sobre todo por la preferencia dada al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos, ya como canon interpretativo, ya como principio general. E igualmente, debemos tener también presente la naturaleza y función de esta práctica de la contratación consistente en la predisposición de la cláusula suelo, cuya posible ineficacia no deriva de un vicio estructural del consentimiento prestado, y relevante para su inicial validez y posterior eficacia, sino de unos presupuestos funcionales de equilibrio prestacional y de transparencia que, una vez contrastados, puedan determinar que la ejecución del contrato siga siendo útil para los intereses del adherente, o para la calidad de este ámbito de la contratación. Y a esta concepción es a la que responde la legislación especial en la materia, tanto de condiciones generales como de protección de consumidores, ya que incluso el actual artículo 83 del TRLCU, en la vigente redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, opta por el mantenimiento del contrato cuando pueda subsistir sin las cláusulas declaradas abusivas y por ello nulas. Pero sobre todo, el artículo 12.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación permite la integración contractual en el caso concreto de la acción de cesación, al decir que *"La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo,*

determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz". En el caso que nos ocupa, la nulidad de la cláusula suelo no afecta a la esencia del contrato, ya como objeto principal, o bien como elemento esencial, ni determina una situación no equitativa en la posición de las partes, dado que, aun eliminada, la entidad prestamista seguirá percibiendo el interés variable que resulte aplicable y que, en el fondo, se correspondía con su oferta contractual.

11.- Es cierto que esta interpretación, en lo que implica irretroactividad del pronunciamiento de nulidad, puede colisionar con el axioma clásico *"quod nullum est nullum effectum producit"* (lo que es nulo no produce ningún efecto) y su plasmación en el tan invocado en estos casos artículo 1.303 del Código Civil . Pues bien, aparte de las menciones al principio de seguridad jurídica que contienen la Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013 , resulta conveniente analizar la propia naturaleza y función de este modo de contratación mediante condiciones generales, que informa tanto su eficacia negocial, como la tutela dispensada. La doctrina viene indicando que la interpretación y aplicación del artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y, con ella, la eficacia "ex tunc" de la nulidad derivada de dicha cláusula, no puede proyectarse de forma autónoma y fragmentada respecto de la caracterización técnica del propio control que la determina e informa previamente, esto es, que la causaliza jurídicamente. En este sentido, en palabras de Moises , *".....conforme a la peculiar naturaleza y función de la contratación bajo condiciones generales, como un modo genuino y diferenciado de contratar, tanto el control de contenido (cláusulas abusivas), como el control de transparencia (cláusulas no comprensibles), se presentan no como criterios sancionadores de una posible nulidad contractual de carácter estructural (consentimiento viciado, falta de forma como requisito ad solemnitatem, ilicitud de la causa, etc...), sino como criterios delimitadores de la eficacia funcional desplegada por una peculiar, pero válida práctica negocial. Su función, por tanto, no es sancionar la existencia de un vicio o defectos estructurales del contrato, o de alguno de sus elementos en sí mismos considerados, sino purgar o limpiar aquellos aspectos que resulten contrarios a lo que cabe exigirle a esta práctica contractual o determinen un resultado perjudicial que deba ser corregido. De ahí que los componentes técnicos del control derivado, principio de buena fe, de justo equilibrio de prestaciones y de comprensibilidad real, estén enfocados desde a la perspectiva de delimitar el desarrollo de la eficacia contractual desplegada pudiendo provocar, en su caso, una suerte de ineficacia funcional que no se rige por el régimen típico de la nulidad del contrato. De hecho, como ya se ha señalado, cuando esta nulidad se produce es porque no se ha podido evitar la "subsistencia del contrato", ya por afectar a un elemento esencial del mismo, o bien por determinar una situación en la posición jurídica de las partes no equitativa o proporcionada. 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 se proyecta aisladamente sobre el radio de acción de una determinada cláusula contractual, sino sobre suposible ineficacia funcional integrada en el marco de la relación contractual desplegada. 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 art. 8.1 LCGC con los arts. 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 posible 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".

12.- Además, no puede afirmarse que la solución a que llegó el Tribunal Supremo en la Sentencia 241/13 fuera excepcional y novedosa, sino que la misma ya la ha contemplado en otros múltiples supuestos, incluyendo algunos de nulidad estructural y no meramente funcional de un acto o negocio jurídico; como sucedió, por ejemplo, en el caso de las donaciones de bienes inmuebles simuladas en escrituras públicas de compraventa, en donde, si bien se confirma la exigencia de especial forma que se requiere para la validez de la causa donandi (Sentencia del Pleno de la Sala 1ª de dicho Alto Tribunal de 11 de enero de 2007), no obstante matiza que dicha interpretación puede resultar no determinante en aquellos supuestos en donde dicha causa donandi venga integrada en otros hechos esenciales que diferencien la causa de pedir hacia otros ámbitos más complejos de aplicación, particularmente el Derecho de Sucesiones (Sentencia del mismo Pleno de 16 de enero de 2013). Por ello, sin desconocer la discrepancia de criterios que en este momento existe entre las distintas Audiencias Provinciales (pueden citarse como ejemplos de sentencias que no otorgan efecto retroactivo las de las Audiencias de Granada, sección 3ª, de 23 de mayo de 2014 ; Orense, sección 1ª, de 31 de marzo de 2014 ; Pontevedra, sección 1ª, de 6 de marzo de 2014 ; Baleares, sección 5ª, de 31 de marzo de 2014 ; Cáceres, sección 1ª, de 4 de marzo de 2014 ; Vizcaya, sección 4ª, de 10 de febrero de 2014 ; Badajoz, de 14 de enero de 2014 ; Zaragoza, sección 5ª, de 8 de enero de 2014 ; Cádiz, Sección 5ª, de 17 de mayo de 2013 ; Córdoba, Sección 3ª, de 18 de junio y 31 de octubre de 2013 ; y Madrid, Sección 28ª, de 23 de julio de 2013 .Y como ejemplos de las que sí confieren retroactividad a las sentencias de las Audiencias de Albacete, sección 1ª, de 28 de abril de 2014 ; Asturias, sección 5ª, de 28 de marzo de 2014 ; Jaén, sección 1ª, de 27 de marzo de 2014 ; Málaga, Sección 6ª, de 12 de marzo de 2014 ; Barcelona, sección 15ª, de 16 de diciembre de 2013 (con voto particular); Huelva, sección 3ª, de 21 de marzo de 2014 ; Alicante, sección 8ª, de 13 de marzo de 2014 ; Murcia, sección 4ª, de 13 de marzo de 2014 ; y Álava, de 9 de julio de 2013), este tribunal debe reafirmarse en la tesis hasta ahora mantenida y plasmada más recientemente en varios autos de esta Sección 1ª (baste con citar el de 30 de abril de 2014), en el que añadíamos a lo hasta ahora expuesto que es indiferente que en el caso resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo 241/13 se tratara de una acción colectiva, y aquí de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo, por lo que en un caso o en otro no cabe dar distinta respuesta, sin que el argumento de la afección general de la economía pueda ser considerado como el que allí fue determinante para dar esa solución, siendo el mantenido de modular los efectos de la nulidad, un criterio no nuevo, sino que se enmarca en una consolidada línea jurisprudencial, como ha quedado expuesto.

13.- La estimación parcial del recurso de apelación supone, a su vez, estimación parcial de la demanda, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias, según determinan los artículos 394.2 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS:

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Caballero Rosa, en nombre y representación de D. Luis Pablo , Dña. Aurora y "Lavanderías Cordobesas María Auxiliadora, S.L.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, con fecha 13 de marzo de 2014 , en el Juicio Ordinario nº 341/12, debemos revocar y revocamos dicha sentencia; y en su lugar, estimando parcialmente la demanda formulada por dichos apelantes contra "BBK Bank Cajasur, S.A.U.", representada por el Procurador Sr. Roldán de la Haba, debemos declarar y declaramos la nulidad de la condición general de la contratación contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes, cuyo tenor literal es: *"El tipo de interés aplicable al préstamo en cada periodo no podrá ser inferior al cuatro y medio (4,50)% nominal anual ni superar el doce (12)% nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación previsto, resultaran unos tipos de interés, inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos"* ; condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración y a que tenga por no incorporada al contrato la mencionada cláusula, aplicando el tipo de interés variable pactado, sin límite alguno; y absolviéndola del resto de pretensiones contra ella formuladas. Sin hacer expresa imposición de costas en ambas instancias.

Notifíquese esta sentencia a las partes, con indicación de que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno y los extraordinarios únicamente en los términos del Acuerdo de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011; y devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Mercantil de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.