

Juzgado de lo Mercantil nº 04 de Madrid

C/ Gran Vía, 52 , Planta 3 - 28013

Tfno: 914930562

Fax: 914930558

42020310

NIG: 28.079.00.2-2015/0079140

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 321/2015

Materia: Derecho mercantil

Clase reparto: DEMANDAS COND. GRALES. CONTRAT.

PE

Demandante:: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. PATRICIA MARTIN LOPEZ

Demandado:: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

PROCURADOR D./Dña. CAYETANA DE ZULUETA LUCHSINGER

SENTENCIA Nº 323/2016

En Madrid, a 5 de octubre de 2016.

Vistos por mí, Fátima Durán Hinchado, Magistrado- Juez del Juzgado Mercantil nº 4 de esta localidad, los presentes autos de juicio ordinario nº 321/15, seguidos a instancia de representados por el Procurador Doña Patricia Martín López contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A en ejercicio de la acción de nulidad de condición general de la contratación, he procedido a dictar la presente resolución, EN NOMBRE DE S.M., EL REY, teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Que por el procurador de la parte actora, en la representación que ostenta y mediante escrito que por el turno de reparto correspondió a este Juzgado, se interpuso demanda de juicio ordinario en la que solicitaba la declaración de *nulidad* de la estipulación suelo-techo de la cláusula financiera de Intereses ordinarios de la escritura de préstamo hipotecario entre los litigantes así como las imposición de costas procesales. En apoyo de estos hechos alegó los fundamentos de derecho que consideró oportuno y terminó

solicitando que se admitiera la demanda y que tras los trámites oportunos se dictara sentencia por la que se estimaran sus pretensiones

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada quien representada por el Procurador Doña Cayetana Natividad Zulveta presento escrito de contestación a la demanda oponiéndose íntegramente a su estimación . Se señaló día y hora para la celebración de la audiencia previa, en la que se precisaron los puntos objeto de discusión; se solicitaron los medios de prueba documental siendo admitido. Siendo innecesaria la celebración de vista quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO: Que en la substanciación de este pleito se han observado las prescripciones legales, excepto el cumplimiento de los plazos procesales

HECHOS PROBADOS

Tras la apreciación de la prueba, motivada en el subsiguiente Fundamento de derecho primero, se declaran probados los siguientes hechos:

Uno.- El 16/10/2006 el Banco –como prestamista– y el demandante –como prestatario– suscribieron una escritura de préstamo con garantía hipotecaria (en adelante, el “Contrato”) cuya cláusula financiera, sobre «Intereses ordinarios», estipula que en ningún caso por aplicación de la revisión que debe producirse en cada período, el tipo de interés nominal anual a aplicar podrá ser inferior al 2,25%.

Dos.- El Banco no ha entregado la información precontractual prevista en la normativa bancaria de transparencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Apreciación de la Prueba

El Hecho Uno declarado probado, en esta redacción de mínimos, suficiente para la subsunción en las normas aplicables, está exento de prueba por plena conformidad de las partes (*ex art. 281.3 LEC*) y, en todo caso, queda corroborado por toda la prueba practicada y, en concreto, por la prueba documental obrante en autos, que no ha sido impugnada en su autenticidad (*art. 334.1 / 319.1 LEC*).

El Hecho Dos se aprecia en el Fundamento III siguiente sobre el control de inclusión.

II

Existencia de una Condición general

Se cuestiona que la cláusula controvertida sea una condición general ya que, según alega, se habría incluido por acuerdo de ambas partes.

En este sentido, «son condiciones generales de la contratación las cláusulas [i] predisuestas [ii] 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, [iii] habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos» (*art. 1.1 LCGC*; en su desarrollo, *STS 1ª Pleno 241/2013, 9.5, Ausbanc c. BBVA y otros*, § 136-138 y 144).

Sobre el requisito de la imposición, son cláusulas impuestas las que no se han «negociado individualmente» (*art. 1.2 LCGC*). Más precisamente, «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión» (*art. 3.2 Directiva 93/13/CEE*). «El [artículo 1 LCGC](#) no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el *art. 3.2 de la Directiva 93/13*» (*STS 1ª cit. 241/2013, § 147*). «Esta “imposición del contenido” del contrato no puede identificarse con la “imposición del contrato” en el sentido de “obligar a contratar”. Es el consumidor el que

ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo» (STS 1ª 241/2013, § 151). Y se concluye: «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» (STS 1ª 241/2013, § 165 a)]; sin que la imposición se reduzca al caso del desconocimiento del contenido (STS 1ª 241/2013, § 143). La imposición no significa forzar el consentimiento contractual del destinatario. La imposición significa solamente que si el adherente quiere el contrato, lo tiene que querer, necesariamente, con un contenido predispuesto. No forma parte de la definición legal la consideración de si el adherente dispone o no de alternativas razonables a la de contratar bajo las condiciones impuestas, o no contratar.

Pues bien, no se ha discutido la condición de consumidor del demandante y el artículo 82.2 II LCyU dispone: «El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba». Esta atribución de la carga de la prueba también se justifica en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, en los antecedentes legislativos de la LCGC y en que la demostración de la ausencia de negociación es un hecho negativo que sería una prueba diabólica para el consumidor (STS 1ª 241/2013, § 160-164 y 165 d]).

En este caso, el Banco no levanta la carga de probar el carácter negociado de la cláusula quedando su oposición como *infinitatio* genérica y vana, desprovista del mínimo soporte probatorio (sobre el concepto de carga de la prueba, v. STS 1ª 241/2013, § 101). Además, «es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados» (STS 1ª 241/2013, § 156), «entre ellos, como se ha indicado, se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados» (STS 1ª 241/2013, § 157) y, en particular, las cláusulas limitativas de la variación de los tipos de interés (STS 1ª 241/2013, § 159).

III

Control de Inclusión

Visto lo anterior el Banco no ha desarrollado actividad probatoria dirigida a acreditar el cumplimiento de los requisitos de transparencia e información ni los mismos puede inferirse de lo actuado . La prueba que se aporta no colma las exigencias ni legales ni jurisprudenciales toda vez que se trata de documentación abstracta relativa a la clausula de autos. La prueba oral tampoco constituye prueba para entender cumplimentada la prueba que compete a la demandada. Tampoco la referencia a la subrogación de los actores en el préstamo al banco del cumplimiento de los requisitos de incorporación y transparencia así como de información. A estos efectos se comparten totalmente los argumentos de la sentencia dictada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 5 de febrero del corriente en cuanto a la plenitud de exigencia de los requisitos indicados en el caso de préstamo con subrogación del promotor y en cuanto a la carga de la prueba que pertenece al banco y que no resulta debidamente colmada.

El artículo 5 LCGC sobre los «Requisitos de incorporación» prescribe en su primer apartado: «Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se *accepte* por el adherente su incorporación al mismo y sea *firmado* por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer *referencia* a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya *informado* expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya *facilitado* un ejemplar de las mismas». En negativo, el artículo 7 LCGC sobre «No incorporación» declara: «No 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 o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5». En el ámbito del consumo, el artículo 80.1 LCyU establece: «1. En los contratos con consumidores y usuarios

que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) [Formulación transparente] Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido».

En su desarrollo normativo, «la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja» (STS 1ª cit. 241/2013, § 198). En abstracto, «la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la [LCGC](#) para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor» (STS 1ª 241/2013, § 202). En relación con la *cláusula controvertida*, «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](#)» (STS 1ª 241/2013, § [203](#)). Aclaramos que el préstamo se concedió conforme a la regulación anterior a las hoy vigentes Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y artículo 6 de la Ley 1/2013, de

14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Sin embargo, en el caso enjuiciado, el Banco no demuestra el cumplimiento de la normativa sectorial de transparencia. Tal y como pone de relieve la demanda, el Banco no acredita (ni por testimonio del director de sucursal, que “no recuerda”) que se entregara el folleto informativo (art. 3 OM 5-5-1994), la oferta vinculante (art. 5 OM 5-5-1994) y que el notario advirtiera expresamente al prestatario aquello a lo que está obligado: «en particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes» (art. 7.3.2 c] OM 5-5-1994). La advertencia escrituraria sobre el tipo de interés «*y límites en su caso, al alza o a la baja*» no cumplió con la Orden porque las limitaciones son ciertas y no “en su caso” y porque tampoco se advirtió de la desemejanza.

En consecuencia, la cláusula impugnada no supera el control de inclusión (o primer filtro del ahora llamado doble filtro de transparencia), luego debe tenerse por no incorporada.

No obstante, para reforzar el sentido del fallo, como fundamentación doble o alternativa, efectuamos también el control de transparencia de la estipulación impugnada.

IV

Control de Transparencia

A) El principio de transparencia.– El *principio de transparencia* debe garantizar «que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa» (STS 1ª cit. 241/2013, § 213). El *deber de transparencia*, especialmente desarrollado en ámbitos sectoriales específicos (v. gr. contratación bancaria o de productos financieros), impone al empresario la obligación de garantizar el conocimiento efectivo por un consumidor medio de las prestaciones principales del contrato así como las “cláusulas sorprendentes” –contenidos contractuales contrarios a las legítimas expectativas creadas en la fase de formación del contrato o por las circunstancias que rodean el contrato–.

El principio de transparencia se manifiesta tanto en el *control de inclusión* en el sentido de «posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas» (considerando 20º Dir. 93/13/CEE, arts. 5.1 y 7 a] LCGC); como en el *control de transparencia* propiamente dicho

(esta doble función del principio en STS 1ª 241/2013, § 208-215). En este sentido, el Tribunal Supremo ha observado un “*doble filtro de transparencia*” en contratos con consumidores (a diferencia de los contratos con profesionales) por el que el juicio de cumplimiento del deber de transparencia no se limita al control de inclusión o a la llamada transparencia “*documental*”, según la Ley de Condiciones Generales (aunque, en realidad, también se presenta este filtro en la LCyU); sino que «existe una exigencia ulterior de transparencia, de comprensibilidad real» (ATS 1ª 6.11.2013, *Ausbanc c. BBVA y otros*, desestimando el incidente de nulidad contra la STS 1ª 241/2013) que algunos denominan transparencia “*sustantiva*”. El control de transparencia emplea un «parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, [y] cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la *carga económica* que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la *carga jurídica* del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (STS 1ª 241/2013, § 210, citando la STS 1ª 406/2012, 18.6).

B) Marco jurídico del control de transparencia.– En el control jurídico de las condiciones generales, cabe distinguir entre el control de incorporación, el control de fondo y el control de transparencia. Esta tercera modalidad de control puede fundamentarse en:

(1º) El artículo 5 *in primis* de la *Directiva 93/13/CEE* cuando prescribe: «En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible». Además, en el inciso final del artículo 4.2 de la misma Directiva (aunque, según doctrina mayoritaria, no se incorporó finalmente en la tramitación parlamentaria por una confusión indebida de los legisladores), al disponer: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de

manera clara y comprensible». «La cuestión relativa a la existencia de un control de transparencia que se añade al mero control de inclusión ha venido determinada en buena parte por el inciso final de este precepto» (ATS 1ª cit. 6.11.2013). «Esta disposición supedita la aplicación de la norma de excepción, que sustrae determinadas cláusulas contractuales al examen de su carácter abusivo, al cumplimiento de dos requisitos cumulativos: en primer lugar, las cláusulas en cuestión deben referirse al ‘objeto principal del contrato’ o a ‘la adecuación entre el precio y la retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra’, y, en segundo lugar, las cláusulas deberán redactarse ‘de manera clara y comprensible’» (Conclusiones del Abogado General 12.2.2014, *Kásler*, § 28). «De la Posición Común adoptada el 22 de septiembre de 1992 se desprende claramente que dicha disposición fue incorporada con el fin de excluir ‘todo lo que resulta directamente de la libertad contractual de las partes’. En otras palabras, se pretendía que el núcleo de la relación contractual (*essentialia negotii*), cuando haya sido definido de manera clara y comprensible, no se viese afectado» (Conclusiones, § 33). «La exigencia de ‘claridad y legibilidad’ de la Directiva 93/13 debe tener en cuenta que el consumidor, también el razonablemente atento y perspicaz, está en una posición de debilidad con respecto al profesional con el que celebra un contrato. La claridad y la legibilidad no deben limitarse a aspectos puramente formales o lingüísticos, sino que deben tener en cuenta asimismo la asimetría de la información que caracteriza la relación consumidor/profesional» (Conclusiones, § 41). «El término ‘claridad’ parece referirse principalmente al aspecto de redacción de la cláusula. El carácter ‘comprensible’ de la cláusula atañe, por su parte, al conocimiento del alcance exacto de los términos utilizados» (Conclusiones, n. 27). «El examen del carácter claro y comprensible de las cláusulas contractuales debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto y, en particular, la información facilitada al consumidor en el momento de la celebración del contrato, y debe centrarse, además de en el aspecto estrictamente formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de dichas cláusulas y en los nexos que puedan existir entre ellas» (Conclusiones, § 91).

(2º) El correspondiente artículo 5.5 *LCGC*: «La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez». En contratos con consumidores, debe tenerse en cuenta la remisión general del artículo 59.3

LCyU: «Los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación». Además, el artículo 7 letra b) LCGC dispone la no incorporación de «las [condiciones generales] que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato». La doctrina critica la exclusión, en la redacción final de la Ley, de la regla de no inclusión de las cláusulas llamadas sorprendivas o insólitas, regla que sí se encuentra en las principales legislaciones comparadas. En este sentido, decía el artículo 5 letra c] del Proyecto de LCGC que no quedarían incorporadas las condiciones generales «que de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia». En la legislación de consumo, el deber de transparencia cualificado respecto a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato ha sido fundamentado en el artículo 80.1 LCyU (STS 1ª 241/2013, § 210) aunque, en verdad, este precepto regula propiamente los requisitos de inclusión y se aplica a todas las cláusulas no negociadas relativas o no al objeto principal (Pertíñez, *Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario*, InDret 3/2013, 17-18).

(3º) En la *jurisprudencia* del Tribunal Supremo (art. 1.6 CC) que ha declarado la abusividad de condiciones generales por falta de transparencia (SSTS 1ª 834/2009, 22.12 y 375/2010, 17.6) y que considera el control de transparencia como distinto del mero control de inclusión (SSTS 1ª 406/2012, 18.6; 221/2013, 11.4; cit. 241/2013, § 205-215 y ATS 1ª 6.11.2013).

C) Autonomía del control/criterio de transparencia.– El *control de incorporación* es un control eminentemente formal que no garantiza la libertad de decisión económica, pues su finalidad no es que el consumidor conozca el contenido de las cláusulas no negociadas, sino sólo que tenga oportunidad de conocerlas.

Respecto al *control de contenido*, «cuando se habla de control de contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas se alude a un control de legalidad que

comprueba su validez por contraste con unas normas específicas más exigentes que las que de manera general controlan la validez de los contenidos contractuales» (Miquel, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, 2011, 714). El control de contenido tampoco absorbe el de transparencia porque, en principio y sin perjuicio de lo que luego se explicará, no afecta a los elementos esenciales del contrato y sólo se ocupa de desequilibrios contrarios a la buena fe objetiva, pero es posible un contrato equilibrado en el que el consumidor no conozca cabalmente su precio, lo que le priva de poder comparar ofertas alternativas. No puede afirmarse que la aceptación de una oferta sea libre si las condiciones epistémicas no permiten optar con conocimiento de causa entre las ofertas disponibles. Hoy, la libertad y justicia contractuales solo pueden concebirse en referencia constante a los efectos de la competencia (Canaris, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts*, AcP 200, 2000, 293).

Por lo anterior, respecto de las cláusulas predisuestas que recogen los elementos esenciales del contrato, el *control/criterio de transparencia* resulta fundamental para asegurar no sólo que los consumidores saben cuál es el régimen aplicable al contrato, sino para asegurar que comprenden los términos esenciales del contrato que están celebrando. La inclusión de los elementos esenciales del contrato en cláusulas prerredactadas reduce la visibilidad de su contenido para el adherente o, en términos más económicos, eleva los costes de información del adherente que puede considerar, razonablemente, que todo el contenido predisuesto viene constituido por cláusulas accesorias a lo pactado verbalmente o acuerdos con la publicidad y demás circunstancias que hubieran rodeado la celebración del contrato. El juicio de transparencia no controla el precio y la prestación sino si la concreta cláusula altera las expectativas razonables del consumidor respecto de los elementos esenciales del contrato. Se trata de corregir un desequilibrio subjetivo, a diferencia del desequilibrio objetivo, que es corregido por el control de contenido respecto a elementos no esenciales del contrato.

A diferencia de la última jurisprudencia española, la *jurisprudencia comunitaria* no reconoce el control de transparencia sino como un elemento o criterio independiente integrante del control de abusividad, junto con la buena fe y el desequilibrio (STJUE 21.3.2013, *RWE/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, § 47). «De los antecedentes de la Directiva 93/13 se desprende que el principio de transparencia constituye un criterio

del carácter abusivo con arreglo al artículo 3 regulado de forma específica. Este aspecto se introdujo por primera vez en el debate con motivo de la consulta al Comité Económico y Social acerca de la Propuesta de la Comisión de 3 de septiembre de 1990, al sugerirse que se mencionase explícitamente como criterio adicional del carácter abusivo de una cláusula contractual el hecho de que ésta fuese incomprensible. La sugerencia fue acogida por el Parlamento Europeo en su Dictamen de 20 de noviembre de 1991, y finalmente fue el Consejo quien, al elaborar la Posición Común de 1992, señaló que la regla general pertinente para el control del carácter abusivo del contenido de las cláusulas se encuentra en el artículo 3, apartado 1, y se completa con un principio de transparencia especialmente destacado en el artículo 5, primera frase. Por lo tanto, en el caso del principio de transparencia del artículo 5 de la Directiva 93/13, se trata de un principio al que se atribuyó tal importancia que mereció ser mencionado específicamente junto a la cláusula general relativa al carácter abusivo» (Conclusiones del Abogado General, 13.9.2010, *RWE*, § 62).

D) El control de los elementos esenciales del contrato.— «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas *no* se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible» (art. 4.2 Directiva 93/13).

Sin embargo, la *legislación nacional* puede adoptar disposiciones que «hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración» (art. 8 bis Dir. 93/13/CEE redacc. art. 32 Dir. 2011/83); siempre que los Estados miembros «pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección» (*ex art. 8 Dir. 93/13/CEE*) y «aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible» (STJUE 3.6.2010, *Caja Madrid c. Ausbanc*, § 44). «Pues bien, por lo que respecta a la normativa española de que se trata en el litigio principal, [...] la Ley 7/1998 no ha incorporado el artículo 4, apartado 2, al ordenamiento interno. [...] En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto

principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible» (STJUE cit. 3.6.2010, § 41-42; seguida por algunas Sentencias del Tribunal Supremo posteriores).

No obstante lo anterior, la *última jurisprudencia* se alinea con la tesis doctrinal que previene contra la resurrección de la doctrina del justo precio, limitando el control posible sobre los elementos esenciales al control de inclusión y al control/criterio de transparencia, pero no al de contenido «por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2» (SSTS 1ª 406/2012, 18.6 y cit. 241/2013, § 139-142, 179-193, 191-197 y 229); para lo que se invoca un fundamento constitucional (arts. 10.1 y 38 CE) o que los elementos esenciales de un contrato son objeto de propio consentimiento y no de adhesión, luego no son cláusulas impuestas (v. Alfaro, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, 188 ss. y en *ComLCGC*, 2002, 132-133; críticos, Carrasco, *Derecho de contratos*, 2010, 804-805 y Pertíñez, en *Tratado de contratos*, II², 2013, 1804-1805) o bien se argumenta que el control de fondo equilibra el déficit jurídico del contrato y no el déficit económico (Díez-Picazo, *Fundamentos*, I⁶, 2007, 465 y Miquel, en *ComLCGC*, 2002, 934 y *ComNPC*, 2011, 723).

Queda por esclarecer en el contenido del contrato lo que la teoría tradicional denominaba *elementos esenciales*, por oposición a los naturales y a los accidentales. La STS 1ª cit. 241/2013 ha considerado las cláusulas-suelo como parte del objeto *principal del contrato*, ha tomado razón de algunas de las tesis doctrinales sobre lo que constituye «definición del objeto principal» (como la diferencia entre principal y accesorio o el rasgo de la eventualidad; la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula, de manera que todo lo referido al precio estaría comprendido; o la importancia que la cláusula tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico) y se ha decantado escuetamente, en una interpretación literal del art. 4.2 de la Directiva, por no distinguir en tales cláusulas entre elementos “esenciales” y “no esenciales” del tipo de contrato en abstracto, «sino a si son ‘descriptivas’ o ‘definidoras’ del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al ‘método de cálculo’ o ‘modalidades de modificación del precio’» (§ 184-188). También parece asumir el punto de vista del *consumidor medio* para calibrar si una concreta cláusula suelo en un préstamo

hipotecario pudo ser percibida como elemento definitorio de la relación por el consumidor (§ 252-253). «Para concluir que una cláusula de un contrato no se inscribe en el objeto principal del mismo, el órgano jurisdiccional nacional que debe decidir sobre el asunto deberá determinar, caso por caso, si dicha cláusula contribuye objetivamente, de una manera u otra, a definir las características esenciales del mismo desde el punto de vista jurídico o comercial. En este sentido, corresponde por tanto al órgano jurisdiccional determinar si dicha cláusula forma parte intrínseca de las prestaciones que definen el contrato, de tal modo que, de no existir dicha cláusula, el contrato perdería una de sus características fundamentales, e, incluso, no podría seguir existiendo con las demás estipulaciones contractuales» (Conclusiones, cit., 14.2.2014, § 53).

E) Las cláusulas suelo-techo.– Las cláusulas suelo (v. su concepto en STS 1ª cit. 241/2013, § 21-25) son, en abstracto, *lícitas* (STS 1ª 241/2013, § 131, 166, 255-262 y 293) y están reguladas en la normativa sectorial (STS 1ª 241/2013, § 167), mas ello no les exime del control de abusividad ya que no son condiciones «que sean de aplicación obligatoria para los contratantes» (art. 4 II LCGC *a contrario*; STS 1ª 241/2013, § 168-178).

Respecto al *techo*, la cláusula que establece un techo, por definición, no es abusiva ya que sólo puede beneficiar al prestatario. El análisis de validez de las cláusulas suelo ha de hacerse de forma independiente de la existencia y cuantía de la cláusula techo.

«En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas *suelo* forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato» (STS 1ª 241/2013, § 189-190). En efecto, «217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en *préstamos a interés mínimo fijo* del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia. 218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así *engañoso* y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor. 219. Máxime en aquellos

supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de *señuelo*. 220. Además, el referido IBE, en su apartado 3.2 –“Causas del uso de las acotaciones a la variación”–expone las dos razones alegadas por las entidades entrevistadas para justificar la aplicación de las cláusulas con acotaciones, sus umbrales o su activación de tipos. Indica que *“las entidades entrevistadas han sugerido, como motivos que justifican el papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio: [1] el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios [...]”*. 221. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, 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, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato. 222. De hecho, el IBE 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. 2.2. Conclusiones. 223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de *claridad* exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores. 224. Lo elevado del suelo 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 BE indica que

“estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas”, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza. 225. 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 por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor» (STS 1ª cit. 241/2013; en el mismo sentido, ATS 1ª 6.11.2013).

Finalmente, la determinación de si una cláusula es transparente o si ha sido introducida de forma subrepticia para alterar el coste real del préstamo, es un juicio que ha de realizarse teniendo en cuenta las *circunstancias* que rodean la celebración del contrato, lo que consideramos que dificulta una declaración general de falta de transparencia de una cláusula contractual. En el caso concreto aquí enjuiciado, a la luz de las circunstancias que rodearon el contrato y de las pautas manejadas por el Tribunal Supremo, faltó la información precontractual exigible (v. Fundamento antecedente), se trata de una cláusula suelo-techo a la que se le predica lo transcrito en el párrafo anterior, no se efectuaron simulaciones ni constan comparativas con otras alternativas contractuales de la propia entidad; sin que el Banco hubiera demostrado otros hechos que pudieran haber hecho transparente la cláusula.

V

Control de Fondo

A) Control imperativo limitado.— Partiendo de la situación de inferioridad de los consumidores (v. STS 1ª cit. 241/2013, § 108), la eficacia de una cláusula abusiva está sujeta a control imperativo (STS 1ª 241/2013, § 109), debiendo apreciarse de oficio su nulidad (STS 1ª 241/2013, § 110-115), incluso acordando diligencias de prueba (STS 1ª 241/2013, §

116) y sin que el principio de congruencia (STS 1ª 241/2013, § 120-122) impida la apreciación de la nulidad absoluta (STS 1ª 241/2013, § 123-124). Lo anterior, salvo aquietamiento del consumidor (STS 1ª 241/2013, § 117-119) y, en su caso, preservando el principio de contradicción mediante el planteamiento motivado de la nulidad de oficio (STS 1ª 241/2013, § 125-127 y 130). Esta doctrina se aplica tanto a las acciones individuales como a las colectivas (STS 1ª 241/2013, § 128-129). Ahora bien, respecto a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, el juicio de abusividad no se permite excepto cuando la cláusula no sea transparente.

B) Relevancia del principio de transparencia.— El principio de transparencia juega de forma diversa en los distintos Estados Miembros (v. Schilig, *Study on the Unfair Terms Directive across Europe*, 2013, pássim).

a) *Abusividad intrínseca de la falta de transparencia.*— Una postura, no infrecuente, es que la infracción del deber de transparencia es abusiva *per se*. «En un contrato entre un empresario y un consumidor, una cláusula que haya sido suministrada por el empresario con infracción del deber de transparencia impuesto en el apartado (1) puede sobre esa sola base considerarse injusta» (art. II.-9:402[2] DCFR; L. Com., *Unfair Terms in Contract*, 2005, § 3.102, también la sec. 68 de la Consumer Rights Bill [2014] prevé el requisito de transparencia en la Parte II sobre «Unfair Terms», aunque a continuación de los efectos de la nulidad por abusividad). En España, se argumenta razonablemente que la amplia fórmula del artículo 82, interpretando la contrariedad a la buena fe como requisito alternativo al del desequilibrio, permitiría considerar abusivo aprovecharse de la incomprensión por el consumidor de determinadas cláusulas (Miquel, en *ComLCGC*, 934-935 y Pertíñez, en *Tratado de contratos*, 1843-1844).

b) *Falta de transparencia como vía de control de elementos esenciales.*— El modo de juego de la infracción del deber de transparencia (*Transparenzgebot*) sobre las cláusulas relativas al objeto principal del contrato se matiza en el sentido de que, descartando que la opacidad permita un control de inclusión “cualificado” que provoque, sin más, la ineficacia instantánea de la cláusula (contra, Cámara, *El control de las cláusulas abusivas sobre los elementos esenciales del contrato*, 2006, 123); la falta de transparencia abre al juicio de abusividad también las cláusulas relativas al objeto principal del contrato lo que, en

definitiva, entronca con el control de contenido y con sus consecuencias (art. 83 LCyU). Bajo este entendimiento, se destaca que la falta de transparencia sobre los elementos esenciales causa un perjuicio material al consumidor, consistente en la alteración de la onerosidad del contrato o, al menos, un perjuicio referido a la “estimación del mercado”, puesto que imposibilita una elección informada entre ofertas competidoras en el mercado (Pertíñez, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, 2004, 93 ss.; el mismo, InDret 3/2013, 23; el mismo, en *Tratado de contratos*, cit., 1849-1855).

En esta línea, según interpretamos, el Tribunal Supremo aplica, en los contratos de consumo, el llamado “*doble filtro de transparencia*” (v. *supra* Fundamento IV A) que «incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato» (STS 1ª 241/2013, § 215). Es un control de transparencia exasperado para el demandado que, no obstante, se suaviza con un control independiente de contenido. En efecto, una vez afirmada la incomprensión efectiva de la cláusula por falta de transparencia “sustantiva” (si bien creemos que es exigible el análisis de cada caso, v. *supra* IV E], por lo que esta afirmación no es evidente en acciones colectivas), la infracción del deber de transparencia puede ser inocua o perjudicial. «Que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad -este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor» (STS 1ª 241/2013, § 229 y 250).

C) Distinción entre el control abstracto de transparencia y el control concreto del consentimiento.— En este proceso, el control de transparencia es abstracto, a diferencia del tratamiento de los desequilibrios subjetivos por vicios del consentimiento. No obstante, las consecuencias jurídicas creemos que deben ser similares. «Del incumplimiento de estos deberes de información pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas. En este caso, en atención a lo que fue objeto litigioso y al motivo del recurso de casación, debemos centrarnos en cómo influye este incumplimiento sobre la válida formación del

contrato» (STS 1ª Pleno 840/2013, 20.1.2014, § 10). En productos financieros, la infracción de la obligación de transparencia (art. 79 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores) y de información (art. 79 bis LMV) se remedia normalmente, en tanto error-vicio, ante los juzgados civiles de primera instancia. No obstante, pensamos que la consecuencia jurídica en ambos supuestos debe ser la anulación del contrato en la medida en que la cláusula frustre las expectativas de la parte protegida y, en su caso, la restitución de cantidades indebidas, pero no condenar al reequilibrio objetivo de las prestaciones porque, sea el control abstracto (falta de transparencia) o concreto (ignorancia), se trata de corregir un desequilibrio subjetivo (este enfoque, en SJM Jaén 162/2013, 17.12; en la doctrina, en todo caso proponiendo el remedio de los vicios del consentimiento Carrasco, *Derecho de contratos*, 2010, 724-725, también con González Carrasco en Rev. CESCO 7/2013; sin embargo, por el reequilibrio objetivo, Pertíñez, en *Tratado de contratos*, cit. 1886). «Naturalmente, la falta de transparencia debe entrañar algún perjuicio para el consumidor, pero éste no ha de consistir en un desequilibrio económico objetivo entre las prestaciones, sino que basta que el contrato en su normal ejecución suponga para él una mayor carga económica respecto de la que razonablemente podía ser prevista, aunque esté justificada objetivamente» (Miquel, en *ComLCGC*, cit., 914 y *ComNPC*, cit., 727). El corolario es que la infracción del deber de transparencia que causara un empobrecimiento indebido del adherente, tendría que tener consecuencias, aunque la cláusula no fuera abusiva por desequilibrada.

D) Control de contenido de los elementos esenciales.— En todo caso, en la última jurisprudencia, la infracción del deber de transparencia respecto a los elementos esenciales de un contrato de consumo nos sitúa ante un control de contenido y sus consecuencias. El artículo 8 LCGC sobre «Nulidad» es una norma puente que conecta con el control general de validez (art. 8.1 LCGC) y con el específico de abusividad de los contratos de consumo (art. 8.2 LCGC), al declarar: «1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan *en perjuicio del adherente* lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean *abusivas*, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso

las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [hoy, arts. 82 y 85-91 LCyU]».

a) Juicio de abusividad.— Conforme a esta remisión en el supuesto de hecho del anterior artículo, son *abusivas* las condiciones generales «que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» (art. 82.1 LCyU; conforme a art. 3.1 Dir. 93/13/CEE; v. STS 1ª 241/2013, § 229-234). El juicio de abusividad es (aa) contextual, (ab) abstracto y (ac) confrontado con el Derecho dispositivo.

(aa) Juicio contextual.— Por un principio contextual, «el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa» (art. 82.3 LCyU; conforme a art. 4.1 Dir. 93/13/CEE; v. sobre el momento y circunstancias, STS 1ª 241/2013, § 235-239). Aclaramos que el desequilibrio puede presentarse también aunque el contrato no sea de obligaciones recíprocas (STS 1ª 241/2013, § 243-246), luego se comprende el unilateral préstamo.

(ab) Juicio abstracto.— «Sentado lo anterior, es preciso poner de relieve que, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente» (STJUE 14.3.2013, *Aziz/Catalunyacaixa*, § 67; también, STS 1ª 241/2013, § 251). «Tampoco la norma española contiene especiales precisiones de qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales -su incorporación a pluralidad contratos con consumidores- y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva» (STS 1ª 241/2013, § 252). La doctrina inquiere si la abusividad exige un doble requisito –buena fe más desequilibrio– o si se trata de dos caracteres alternativos de abusividad (en este último sentido, Díez-Picazo, *Fundamentos*, I⁶, 2007, 443 y 464; Pertíñez, en *Tratado de contratos*, cit., 1842; con dudas, Carrasco, *Derecho*

de contratos, 2010, 796-797).

(ac) *Confrontación con el Derecho dispositivo.*— En el juicio de abusividad, la legislación de consumo confirma la relevancia del Derecho dispositivo: «en cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas» (art. 86 pr. LCyU). El Derecho dispositivo refleja la voluntad presumible de las partes, interpretada por un Legislador racional. Los del Derecho dispositivo «son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una ‘función ordenadora’ por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente» (De Castro, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ADC 1961, 80; conforme, con matices, Miquel, en *ComLCGC*, 2002, 942-945, que comenta críticamente la inexistencia de un control específico de condiciones generales en contratos entre empresarios, 430-437). Se trata de una regulación pretendidamente justa que trata de equilibrar los intereses de los contratantes según las necesidades del tráfico y los intereses generales, sirviendo de modelo y patrón en el juicio de validez de las condiciones generales. Esta función del Derecho dispositivo no supone resistencia a la autonomía privada sino que explica por qué no puede derogarse el Derecho dispositivo mediante condiciones generales (Alfaro, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, 361-362).

b) *Criterios de abusividad.*—

ba) *Desequilibrio jurídico importante.*— Respecto al primer criterio de abusividad, «el concepto de ‘desequilibrio importante’ en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas» (STJUE 14.3.2013; también, STS 1ª 241/2013, § 254; conforme, Miquel, en *ComNPC*, 740-741; contra, Carrasco, *Derecho de contratos*, 798-800 y 808 que exige un estándar suplementario de abusividad). «El control de abusividad atiende al equilibrio jurídico u obligacional y no al

equilibrio económico, que justifica el control del Derecho de la competencia» (SAP Madrid 28ª 238/2013, 23.7). «La Directiva no trata de corregir déficit económicos que los contratos puedan presentar. Se entiende que un régimen de libre competencia es suficiente para que los consumidores informados puedan haber valorado correctamente las propuestas de contrato. [...] trata de corregir lo que se ha podido llamar un ‘déficit jurídico’, pues directamente se refiere al conjunto de derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato» (Díez-Picazo, *Fundamentos*, cit., 442 y 464 y Miquel, en *ComLCGC*, 934 y *ComNPC*, 733-734).

bb) Buena fe objetiva.— En cuanto al segundo parámetro de la cláusula general legal, «para determinar si se causa el desequilibrio ‘pese a las exigencias de la buena fe’, debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual» (STJUE 14.3.2013; también, STS 1ª 241/2013, § 254). La buena fe en sentido objetivo «para el profesional es un objetivo modelo de comportamiento leal y para el consumidor, el conjunto de expectativas que los consumidores con criterio razonable pueden formar sobre el tipo contractual propuesto» (Díez-Picazo, *Fundamentos*, 443).

E) Control de fondo de las cláusulas suelo.— Aplicando la doctrina general anterior a las cláusulas suelo, «263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el IBE “[...] 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”. 264. 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-, [...] 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» (STS 1ª 241/2013, § 263-264). Además, «el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo no la convierte en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor, ya que, como hemos indicado, la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia» (Auto de aclaración 3.6.2013, § 18).

VI

Nulidad parcial retroactiva del Contrato

A) Ineficacia parcial del Contrato.–

a) Derecho de la Unión.– La Directiva 93/13/CEE no especifica las consecuencias legales de la infracción del deber de transparencia (salvo la regla *contra proferentem* en acciones individuales [art. 5, inc. 2º Dir. 93/13/CEE]). Se discute si los Estados miembros son libres de elegir las consecuencias, si la cláusula no quedará incorporada o si debe considerarse abusiva, bien por la sola falta de transparencia o bien siempre que, además, sea abusiva por desequilibrada y/o contraria a la buena fe. Las soluciones legislativas son diversas. Para las cláusulas abusivas, el artículo 6.1 de la Directiva prevé una regla general de no-vinculación y admite la ineficacia parcial: «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

b) Régimen nacional.– El Tribunal Supremo, recordando el principio *utile per inutile non vitiatur* (STS 1ª cit. 241/2013, § 265), aplica el régimen ordinario de nulidad de las condiciones generales (STS 1ª 241/2013, § 266-267) y de las cláusulas abusivas (STS 1ª 241/2013, § 268-269). En consecuencia, la *nulidad de la condición general* (art. 8.1 LCGC; reiterando arts. 6.3 y 1255 CC), tiene por el artículo 9 LCGC el siguiente «Régimen aplicable»: «1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las

cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual. 2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil». En el mismo sentido, el artículo 10.1 LCGC: «La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia». Para el caso de *nulidad de cláusulas abusivas*, el artículo 83 LCyU declara: «1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. [...] Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato». La *ineficacia parcial* del contrato por la condición declarada nula, debe reconducirse en nuestro sistema a la figura de la nulidad de pleno derecho, relativa o en interés del adherente –es el consumidor el protegido con la acción y no el predisponente– y parcial –afecta sólo a la cláusula nula sin extenderse al contrato como totalidad–. La ley sanciona a quien más fácilmente pudo evitar la cláusula abusiva con una “nulidad de protección” (*nullità di protezione* en expresión del art. 36 Codice del Consumo de 2005) o “nulidad coactiva” del contrato pues, salvo iniquidad (art. 83.2 III LCyU), se mantiene su eficacia parcial aunque el predisponente no hubiera querido contratar sólo con las cláusulas que quedan en pie, de manera que, en cierta medida, se rompe con lo que es la regla general en los casos de nulidad parcial del contrato (Díez-Picazo, *Fundamentos*, 444 y 483-484; Miquel, en *ComLCGC*, 474-477 y *ComNPC*, 754 y 756; Perdices, en *ComLCGC*, 521-530; Carrasco, *Derecho de contratos*, 816 y 818 y Pertíñez, en *Tratado de contratos*, 1885).

B) Improcedencia de integrar el Contrato.– Además, no procede integrar el contenido del contrato en caso de nulidad parcial por abusividad. La posibilidad de integración y reconstrucción “equitativa” del contrato (prevista en los arts. 10.2 LCGC y 83.2 LCyU), ha

sido declarada contraria al Derecho de la Unión (STJUE 14.6.2012, *Banesto/Calderón*, § 73; v. STS 1ª 241/2013, § 270-273). Lógicamente, esto impide la “reducción conservadora de la validez” (*geltungserhaltende Reduktion* o, en la doctrina norteamericana, *minimally tolerable terms*); en otro caso, los predisponentes carecerían de incentivos para ajustar los clausulados a la ley, arruinándose la función preventiva de la norma y la protección del consumidor (BGHZ 114, 342; BGHZ 120, 122).

La consecuencia de eliminar la cláusula será, en su caso, la supresión sin reemplazo por otro contenido contractual o la eventual aplicación del Derecho dispositivo o legal supletorio que, junto al criterio de la buena fe (declarado inaplicable), era ya una fuente de integración contractual (*ex arts. 1258 CC y 2 CCom*). También entendemos que la reconstrucción analógica queda vedada. Parando mientes, la aplicación del Derecho dispositivo no es tan grave para el predisponente, lo que se ha advertido en algunas normativas sectoriales que, además de la nulidad por abusividad, introducen penalizaciones en función más disuasoria.

C) Subsistencia del Contrato.– La subsistencia de los contratos en relación con las cláusulas suelo implica: «274. Como hemos indicado las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato -de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-. También hemos indicado que no cabe identificar ‘objeto principal’ con ‘elemento esencial’ y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme “parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa”. Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento. 275. Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia. 3. Conclusiones 276. Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones: a) Procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas en la forma y modo en la que se utilizan. b) Igualmente procede condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan. c) Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas».

D) Retroactividad de la nulidad.– Procede declarar la retroactividad de la nulidad desde el 9 de mayo de 2013 según doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

VII

Costas e intereses

Conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que expresa el principio del vencimiento objetivo, las costas se imponen a la *parte demandada*, que ha visto rechazada su resistencia, sin que el tribunal aprecie que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho; salvo por la restitución retroactiva de prestaciones por divergencia de pronunciamientos judiciales, si bien la oposición no se limita a esta cuestión.

Solicita asimismo el actor la condena al abono de intereses; a este respecto, teniendo en cuenta que los demandados vienen obligados al pago de las demás cantidades reseñadas y dada la pretensión de la demandante, también ha de abonar los intereses a partir de la indicada fecha de interposición de la demanda, pues resultan aplicables los artículos 1101 C.C. y 1108 C.C., como también resulta aplicable el art. 576 LEC.

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

FALLO

Que debo estimar y ESTIMO sustancialmente la demanda, y en su virtud dictar los siguientes pronunciamientos:

Primero.- Declarar la no incorporación y la nulidad de la estipulación suelo de la cláusula financiera de intereses ordinarios de la escritura de préstamo hipotecario de autos entre representados por el Procurador Doña Patricia Martín López contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A manteniendo el contrato su eficacia excepto por la eliminación de la condición general declarada nula.

Segundo.- Condenar a la demandada recalcular las cuotas desde el 9/5//2013, con restitución a la actora del exceso de las cantidades indebidamente percibido por aplicación de la cláusula declarada nula con los intereses legales desde la fecha de cada cobro.

Tercero.- Condenar al pago de las costas a la parte demandada

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

4Notifíquese esta resolución a las partes, indicándoles que no es firme y cabe interponer recurso de apelación contra ella del que conocería la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid. En su caso, el recurso de apelación se interpondrá ante este tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación. La admisión del recurso precisará que, al interponerse el mismo, se haya consignado en la oportuna entidad de crédito y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado, la cantidad objeto de depósito, de 50 euros, lo que deberá ser acreditado.

4Archívese el original de esta resolución en el Libro de sentencias y póngase testimonio literal en los autos de su razón.

Publicación.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por S.S.^a Ilma., estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; de lo que como Secretario de este

Juzgado, doy fe.