



NOT: 26/NOV/15

**XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4
OURENSE**

SENTENCIA: 00240/2015

-

NUEVO EDIFICIO JUZGADOS (2ª PLANTA), RUA VELÁZQUEZ S/N. OURENSE.
Teléfono: 988687097-988687098
Fax: 988687101

N04390

N.I.G.: 32054 42 1 2015 0001262

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000202 /2015

Procedimiento origen: /

Sobre CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION

DEMANDANTE, DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña. MARCOS PRADA ALVAREZ, VICTORINO PRADA PEREZ ,
MARIA ISABEL ALVAREZ GONZALEZ

Procurador/a Sr/a. LUCIA SACO RODRIGUEZ, LUCIA SACO RODRIGUEZ , LUCIA SACO RODRIGUEZ

Abogado/a Sr/a. MIGUEL BUTLER COCA, MIGUEL BUTLER COCA , MIGUEL BUTLER COCA

DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

Procurador/a Sr/a. MARIA GLORIA SANCHEZ IZQUIERDO

Abogado/a Sr/a. MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ

SENTENCIA

En Orense, a 29 de octubre de 2015.

Vistos por mí, Eva María Martínez Gallego, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4, con competencia mercantil de Orense, los presentes autos del **JUICIO ORDINARIO** registrados con el número de 20215, seguidos ante este Juzgado entre [REDACTED]

[REDACTED] representados por la Procuradora Sra. Lucia Saco Rodríguez y asistidos por letrados Sr. Miguel Butler Coca y D. Juan Andrés Bartolomé Hernández contra la entidad **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**, representado por Doña Gloria Sánchez Izquierdo y asistida de la letrada Doña María José Cosmea Rodríguez, ha dictado la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. Conde Gómez en nombre y representación de los actores ya referenciados se presentó demanda de juicio ordinario con fecha 4 de marzo de 2015 en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando la condena de lo consignado en el suplico de su demanda. Por Decreto de fecha 6 de mayo de 2015 se admitió la demanda y se confirió traslado a



la entidad demandada a fin de que contestara dentro del plazo de veinte días, si le convenía.

SEGUNDO.- Por la representación en autos de la entidad demandada, se pasó a contestar a la demanda en fecha 26 de junio de 2015 en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando la desestimación de la demanda, con costas para la actora.

TERCERO.- Convocadas las partes a la celebración de la Audiencia Previa que tuvo lugar el día 29 de octubre de 2015, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos; y habiendo planteado la parte demandada en su contestación a la demanda litispendencia, en base a los argumentos que figuran en su escrito; por la representación procesal de la parte actora se opuso a la estimación de la excepción formulada por la adversa, al entender que cercena la tutela judicial efectiva de su patrocinada y vulnera el art. 24 CE, resolviéndose en la misma Audiencia Previa con base en el art 11.1 LEC siendo recurrida en reposición por la parte demandada con desestimación del mismo, y constando protesta a los efectos de una eventual apelación.

CUARTO.- En la citada Audiencia Previa habiendo sido propuesta por ambas partes exclusivamente prueba la documental obrante en autos que no fue impugnada por ninguna de las partes, quedando los presentes conclusos para dictar Sentencia.

QUINTO.- Que en la tramitación del presente se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente caso, la parte actora ejercita acción individual de nulidad de condición general de la contratación y solicita de conformidad con el suplico de la demandada que se declare:

- Que se declare la nulidad por falta de transparencia y claridad de la cláusula limitativa a las variaciones del tipo de interés incluida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria con número de protocolo 1335.
- Se declare la subsistencia del resto del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes.
- Se condene a la restitución de todas las cantidades entregadas por la aplicación indebida de la limitación a las variaciones del tipo de interés debiendo reembolsar la demandada a la actora la cantidad de 13.255'08 euros a fecha de presentación de la demanda, más las cantidades que se devenguen hasta la cesación de la cláusula suelo, más el interés legal correspondiente desde el momento en que se materializó cada uno de los



abonos, incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia.

- Subsidiariamente se solicita la nulidad desde la presentación de la demanda.
- Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.



Por su parte, la entidad bancaria demandada señala que existe litispendencia al existir un procedimiento iniciado a instancias de ADICAE ante el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid. Subsidiariamente para el caso de que dicha excepción no sea estimada se opone invocando improcedencia del pronunciamiento sobre restitución de cantidades, añadiendo que la citada cláusula supera el control de transparencia, por lo dicha cláusula no puede ser abusiva, puesto que fue conocida y expresamente aceptada por los demandantes, además de indicar que la fijación de un suelo es determinante del equilibrio entre las partes. Al tiempo señala que dicha cláusula suelo fue negociada con anterioridad, manifestando los actores su conformidad con la misma ante el fedatario público y ello alegando en prueba de ello el documento 1 de la demanda (escritura de préstamo hipotecario al folio 61 y ss).

De este modo, entiende la entidad bancaria que en virtud de las alegaciones que efectúan, que dicha cláusula en general, confiere estabilidad al mercado financiero, y en tal sentido es beneficiosa tanto para el acreedor (entidad bancaria) como para el deudor (consumidor), puesto que protege un interés público. Pretende el fin legítimo de permitir a la entidad bancaria la recuperación de los costes invertidos para poder ofrecer el producto en las condiciones en que lo hace, y ello beneficia también al consumidor que acude a solicitar el crédito, puesto que le permite obtenerlo en mejores condiciones. Consideran que dicha cláusula no es una condición general, sino un pacto financiero al establecer límites mínimos y máximos, no siendo una cláusula predispuesta de conformidad con lo establecido en el art. 1 de la Ley de condición Generales de la Contratación que debe interpretarse en relación a la imposición con el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Así las cosas, dicha cláusula estaría exenta de ser sometida a control jurisdiccional por ser abusiva, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13, al referirse a un elemento esencial del contrato, el precio, y contribuir a la determinación del mismo, tal y como ya puso de manifiesto el informe del Banco de España, antes citado. Invoca, en último lugar, que no existe ninguna desproporción ni desequilibrio económico que justifique la nulidad del establecimiento de límites a la variabilidad del tipo de interés y ello si se parte, alega, de los parámetros que son correctos a su juicio, esto es, la duración del contrato, la imprevisible evolución de los tipos de interés hacia el futuro y la evolución en el pasado de los tipos de interés en un periodo temporal equivalente al de duración del préstamo hipotecario. Igualmente se alega la condición de empresario del actor por lo que está habituado a



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

este tipo de operaciones financieras. Por todo lo anterior solicitan la desestimación íntegra de la demanda con expresa imposición de las costas procesales

SEGUNDO.- En relación a la excepción de litispendencia alegada por la parte demandada, dejar constancia que ha sido resuelta debidamente motivada en el acto de la Audiencia Previa que damos aquí por reproducido para no caer en reiteraciones. No obstante, señalar que la desestimación de dicha excepción se basa en síntesis en la no concurrencia de uno de los requisitos indispensables para la apreciación de dicha excepción, y que es la falta de identidad subjetiva pues ha sido acreditado que la acción que concluyó con la sentencia a la que se hace referencia en dichos escritos, no fue interpuesta por los demandantes sino por una asociación de consumidores y usuarios en los términos previstos en el art. 11 de la LEC que establece -sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios, es decir deja a salvo que cada uno individualmente pueda hacer valer sus derechos, por lo que dicha excepción sólo puede ser desestimada.

TERCERO.- Analizaremos, en primer lugar, la reclamación tendente a obtener la declaración de nulidad de la cláusula contractual a que se refiere la controversia, cuya existencia y contenido no ha sido negada por ninguna de las partes, por lo que debe aplicarse, respecto de tal extremo, lo dispuesto por el art. 281.3 LEC. Dicha reclamación se basa en el art. 8 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. El mencionado precepto dispone, en su apartado 1, que "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". El apartado 2 establece que "en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose 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". La referencia debe entenderse hecha al RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, a partir del 1 de diciembre de 2007 (fecha en que entró en vigor), que sustituye y deroga a la mencionada ley.

Como ya hemos visto, se discute, en primer lugar, si la cláusula controvertida posee el carácter de condición general de la contratación, y en concreto si fue impuesta por la entidad bancaria. Ello es presupuesto necesario de su posible consideración como abusiva. Conforme al art. 1.1 de la Ley 7/98, "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo



sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

La parte demandada discute, concretamente, que no fue impuesta por ella, puesto que se aceptó libremente por los actores, y que por ello no puede ser considerada abusiva. Antes que nada hemos de aclarar que la realidad que contempla el art. 1.1 de la Ley 7/98 son los llamados contratos de adhesión, que se caracterizan porque su contenido viene predeterminado e impuesto por una de las partes (predisponente), mientras que la contraparte (adherente) se limita a aceptar, en bloque, las cláusulas propuestas, sin que exista una previa negociación individualizada del contenido del contrato. Incluso establece el mencionado precepto, en su apartado 2, que *"el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión"*. Es decir, que un contrato es de adhesión si, en general, su contenido no ha sido fruto de una previa negociación entre las partes, sino que dicho contenido ha sido propuesto por una y meramente aceptado por la otra, incluso aunque alguna disposición en concreto sí se haya negociado, a la que no se aplicará la normativa especial contenida en la Ley citada.

De este modo, sólo se puede afirmar que las condiciones generales no son sino las cláusulas de un contrato de adhesión, cuando están destinadas a ser incorporadas a una pluralidad indeterminada de contratos. Por tanto, la calificación de una cláusula como condición general no depende de que haya sido, o no, conocida y aceptada libremente por el adherente (esto podría determinar su no incorporación al contrato, conforme al art. 7 de la Ley 7/98, pero no excluiría su calificación como condición general), sino, más bien, de que el contenido de la misma no haya sido fruto de una previa negociación entre las partes, y esté destinado a incorporarse a una pluralidad de contratos similares.

Los contratos con condiciones generales no excluyen, pues, por completo la existencia de autonomía de la voluntad. Se trata de supuestos en los que existe consentimiento contractual, válido, en principio, si bien la autonomía de la voluntad de las partes se ve matizada o limitada, puesto que una y otra no se hallan en situación de igualdad, ya que, en el caso del adherente, se limita a aceptar, o no, las condiciones que le ofrece la contraparte.

Pues bien, a partir de tal situación, que no prohíbe, sin más, nuestro ordenamiento, como hemos visto, se configuran diversos mecanismos de especial protección para el adherente, precisamente para compensar o corregir la situación de inferioridad en que se encuentra frente al predisponente, y evitar que éste se aproveche, injustamente, de tal situación. Así lo indica la Exposición de Motivos de la Ley 7/98, que señala que *"la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica"*. Ello quiere decir que el control del carácter abusivo de una



cláusula , conforme a la Ley 7/98, no se supedita a que la misma haya sido, o no, libremente consentida por el adherente (la protección del adherente frente a las cláusulas abusivas predeterminadas por el adherente parte de esta base), sino a que haya sido negociada individualmente por el mismo, pues ello, y no la simple aceptación de la cláusula, excluiría la desigualdad inherente a todo contrato de adhesión, y la necesidad de especial protección del adherente, de la que forma parte dicho control.



CUARTO.- Sentado lo anterior, ha de reseñar por otra parte y ya en el caso concreto que nos ocupa que de la valoración del contrato de préstamo hipotecario (documento 1 de la demanda, al folio 61 y ss) respecto del cual se insta la nulidad de la cláusula PRIMERA 3.3 -folio 73-, se verifica sin ningún género de dudas -además de no ser un hecho controvertido entre las partes- que se establece de un lado, un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, de modo que, el impacto de estas cláusulas es que se impone al usuario un tipo mínimo de interés fijo cuando los tipos de referencia estén, por una vía o por otra, por debajo de determinados umbrales, así como un tipo máximo pero a los únicos efectos hipotecarios, por lo que no contiene efectivamente un límite al alza que pudiera estimarse que compensa la fijación del suelo.

De este modo, mediante este tipo de cláusulas, se trata de imponer por el predisponente tipos mínimos de interés como se acaba de explicar, y que, aunque esos tipos mínimos pueden estar entre el 5'00% u otro porcentaje, no se trata con esta demanda de que se considere abusivo un determinado porcentaje de tipo de interés mínimo, sino que además, estamos ante un contrato que ni tan siquiera tiene establecido un techo en el tipo de interés, dato que deberemos tener también en cuenta a la hora de declarar la nulidad de la cláusula y sus consecuencias jurídicas, pues no contamos ni tan siquiera con una acotación al alza que sirva de límite a las eventuales subidas del tipo de interés.

QUINTO.- Para la resolución de la presente cuestión debemos estar a lo señalado por el **Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de fecha 9 de mayo de 2013** cuyos siguientes razonamientos sólo podemos compartir y ello porque en el caso que nos ocupa se ha de tener en cuenta que:

No puede cuestionarse a priori que las cláusulas controvertidas tengan carácter contractual y que su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores es facultativa. Así lo evidencia la realidad explicitada -no en todos los préstamos hipotecarios se utilizan cláusulas de estabilización del tipo de interés- y no se ha alegado la existencia de normativa que exija que en los préstamos hipotecarios deban pactarse tipos de interés variable ni que exista una norma que indique cual es la concreta fórmula que debe utilizarse en el caso de que se opte por esta modalidad de préstamo.

En el caso concreto no cuestionan las partes que se trata de cláusulas prerredactadas y, de hecho, la propia regulación sectorial demuestra que se trata de cláusulas predispuestas,



que en su aplicación práctica se concretan en ofertas -irrevocables, ello al margen que sobre ello ninguna prueba ha aportado la entidad bancaria pues ni tan siquiera ha traído al procedimiento testifical del empleado de la entidad que tramitó la misma o que la firmó en sede notarial. De este modo y de conformidad con la carga de la prueba que cada parte ha de soportar la entidad bancaria no ha acreditado ni propuesto prueba que así lo indique que dicha cláusula no fue prerredactada por la entidad bancaria o fruto de negociación alguna.



De este modo, tan sólo puede estimarse que estamos ante una cláusula destinada por la entidad a ser incluidas en una pluralidad de contratos. Ahora bien, se hace preciso examinar si los pactos que definen el objeto principal de los contratos pueden tener la consideración de condiciones generales. A este respecto y tal y como afirma la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo en su valoración en relación a los requisitos de las condiciones generales, se ha de tener en cuenta que el apartado 1 del artículo 1 LCGC dispone que -son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

De este modo, la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de -cláusulas contractuales y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:



a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y

b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor - la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que *"la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual"*, y que *"[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores"*.

Siendo así las cosas y analizando las condiciones generales sobre elementos esenciales de los contratos, no podemos olvidar que los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado de negociación conlleva -con el correlativo encarecimiento del producto o servicio que al final repercute en el precio que paga el consumidor o usuario-, unido al elevado volumen de operaciones que se realizan en el desarrollo de determinadas actividades negociales, fue determinante de que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, califica como *"un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico"*.

De este modo, el insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados de acuerdo con este modo de contratar, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, declarada en la EM de la LCGC, de restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones ya que *"[l]a protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual"*.

Pese a todo, y siguiendo a la Sala, la aplicación de las reglas de reequilibrio contenidas en la LCGC no se extiende a todo tipo de contratos, ya que, como afirma la referida Exposición de Motivos *"desde el punto de vista objetivo se excluyen ciertos contratos que por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienidad de la idea de predisposición contractual, no deben estar*



comprendidos en la Ley¶. Pero si se trata de contratos sujetos a la norma especial, a diferencia de otros ordenamientos, no se excluyen aquellas cláusulas o condiciones definitorias del -objeto principal¶, por lo que no hay base para el planteamiento alternativo que hace la sentencia recurrida.



Así las cosas, en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces "los legítimos intereses económicos de los mismos".

Por otra parte, no hay duda que no puede equipararse el desconocimiento de una cláusula y la imposición de ésta. Y ello porque el empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. De este modo y como con acierto señala el T.S en dicha sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, -tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC -"[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes [...]"- como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual: *las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo*".

De todo lo expuesto sólo es posible concluir que:

a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

Llegados a este punto, se hace preciso analizar la imposición o no de las condiciones generales al consumidor que contrata con la entidad bancaria en el caso que nos ocupa.

Debemos partir de que el artículo 1 LCGC no precisa que 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, a cuyo tenor "[s]e 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".

La exégesis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos".

Más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción "[a] los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate" -lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992, en el sentido de que "[s]e le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva. En definitiva, la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a -todos los contratos que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas -no negociadas individualmente. Solo que se trate de cláusulas -no negociadas individualmente. Solo que se trate de cláusulas -no negociadas individualmente.

A este respecto, es cierto que, como apunta la citada STS 406/2012, de 18 de junio, debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas, sean condiciones generales -sometidas a la LCGC- o particulares -no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente.

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 quien, 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. Y ello máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un -cliente cautivo|| por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con -sus|| bancos que minoran su capacidad real de elección. En este punto sólo podemos hacer nuestras las palabras del Pleno del Tribunal Supremo en relación a la prueba de los hechos notorios cuando afirma que -El sistema, ante los insoportables costes que pudiera provocar la desconexión entre la -verdad procesal|| y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica *notoria non eget probatione* [el hecho notorio no precisa prueba], a la que se refieren las SSTS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003; 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004, y 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007, dispone en el artículo 281.4 LEC que "[n]o será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general".

La norma no define qué debe entenderse por -notoriedad absoluta y general|| y tal requisito ha sido interpretado con cierto rigor -la STS 57/1998, de 4 de febrero; RC 269/1994, afirma que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso "[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta". Pero es lo cierto que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento -general y absoluto|| por todos los miembros de la comunidad.

Por ello, se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho -límite temporal-, entre los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan -ámbito de la difusión del conocimiento-, en la que se desarrolla el litigio -límite espacial-, con la lógica consecuencia de que en tal caso, como sostiene la STS 62/2009, de 11 de febrero, RC 1528/2003, quedan exentos de prueba||.

A este respecto, afirma que -es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a que alude artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno que una de las recurridas describe como -take it or leave it|| -lo tomas o lo dejas-.



Entre ellos, como se ha indicado, se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados -el IC 2000 afirma que "[...] los servicios financieros son grandes «consumidores» de cláusulas contractuales", y, de hecho, la citada OM de 1994 parte de que el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas. De ahí que imponga determinados deberes de información a los prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura.



Más aún, el IC 2000, precisa que "[e]s ilusorio pensar que los contratos de consumo de masa puedan contener verdaderamente cláusulas negociadas individualmente que no sean las relativas a las características del producto (color, modelo, etc.), al precio o a la fecha de entrega del bien o de prestación del servicio, cláusulas todas con respecto a las cuales raramente se plantean cuestiones sobre su posible carácter abusivo."

En idéntico sentido el IBE afirma de forma expresiva en el apartado 3.1. -utilización de cláusulas limitativas a la variación- lo siguiente: "[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".

Sentado lo anterior se ha de tener en cuenta lo señalado en relación a la carga de la prueba de la negociación de las cláusulas predispuestas por la STS de 9 de mayo de 2013 cuando afirma que - aunque la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que "[e]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba" -a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE "[e]l profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba"- en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla. Así lo evidencia la génesis de la norma. El apartado 3 del artículo 1 del Proyecto de LCGC coincidía literalmente con la previsión transcrita. El apartado fue suprimido del texto aprobado por la Comisión de Justicia e Interior con Competencia Legislativa Plena y por el



procedimiento de urgencia, al asumir el informe emitido por la Ponencia que propuso la incorporación de las enmiendas 17 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y 77 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), ambas de supresión, que, en términos prácticamente idénticos, justificaron la supresión en que tal regla, según la cual la empresa que afirme que una cláusula ha sido objeto de negociación individual asume la carga de la prueba. Ya aparecía en el propio Proyecto como parte del nuevo artículo 10 bis de la Ley 26/1984, lo que constituía *"una regla aceptable en la relación empresa-consumidor, supuesto que quedaría cubierto con este artículo 10 bis, pero que no se justifica en el caso de contratación entre empresas o profesionales"*, ya que la regla derivaba de la Directiva 93/13/CEE y el ámbito de esta se circunscribía a los contratos con consumidores.

De este modo, -si bien cuando se trata de la acción de cesación no es posible la aplicación directa del artículo 82.2 TRLCU -ya que no existe un consumidor concreto con el que se haya negociado o al que se haya impuesto la condición general-, demostrado que determinadas cláusulas se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individualizada, se permite tener por acreditado que las cláusulas impugnadas tienen la consideración de cláusulas destinadas a ser impuestas, de tal forma que, en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente. Y esta regla no hay que olvidar que se reitera en el artículo 32 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de octubre de 2008 sobre derechos de los consumidores dispone que *"[s]i el comerciante afirma que una cláusula contractual se ha negociado individualmente, asumirá la carga de la prueba"*.

Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, RC 93/2009, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva.

Por todo lo anterior, sólo cabe concluir que:

a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar como aquí ha sucedido. Además, caso de haberse entregado oferta vinculante, ésta debería constar firmada en el expediente y ello cuando, no consta dicha oferta vinculante ni en el presente



procedimiento ni unida a la escritura otorgada en su día ante notario, por lo que solo puede estimarse que no existió, máxime teniendo en cuenta la carga de la prueba que cada parte ha de soportar en la presente litis.

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.

A ello se ha de añadir que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, 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, RC 46/2010, 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, RC 535/2004, que *"la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad"*.

Así las cosas, se verifica la existencia de un deber de información que se extiende a una fase precontractual para asegurar en los términos que expone la propia Orden Ministerial anteriormente señalada una mayor capacidad de elección por parte del consumidor. Sin embargo ello no implica que en ejecución de las obligaciones formales establecidas en la OM se despliegue una verdadera fase de negociación entre entidad financiera y consumidor tendente a la inclusión o no de determinadas cláusulas, salvo supuestos excepcionales determinados por el perfil de cliente. Es más, tal como resulta de la propia orden las cláusulas del tenor de la aquí examinada son prerredactadas en todo caso por la entidad financiera que posteriormente la incorpora primero a la oferta vinculante a la que se refiere el art 5 y posteriormente a la escritura del préstamo, cuyo contenido presume la norma ha de coincidir con la oferta vinculante hasta el punto de imponer el art 7 la obligación de informar al cliente de cualquier divergencia entre uno y otro documento, en lo afectante a las cláusulas financieras. Desprendiéndose de la propia norma que estamos ante cláusulas prerredactadas corresponde al predisponente acreditar que la cláusula ha sido objeto de negociación individual y desde luego de la aplicación de la OM



se llega a la conclusión contraria, pues como señalaba en su supuesto semejante la *Sentencia del juzgado Mercantil de León de 11 de Marzo de 2011*, precisamente presupone que las citadas son redactadas previamente por la propia entidad financiera. Es más, no está de más recordar que la OM 1994 también se refiere a las cláusulas de redondeo, respecto de las que el tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones considerando que se trataría de una condición general de la contratación (por todas Sentencias de 20 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011).



En el hecho controvertido en este procedimiento, se estima acreditado efectivamente la existencia de un contrato de préstamo hipotecario en el que no se establecen cláusulas de limitación de la variación del interés pues fija límites mínimos muy similares y máximos idénticos, hecho solo puede permitir considerar que la cláusula contenida en la condición PRIMERA 3.3. Ha sido incorporada a una pluralidad indeterminada de contratos, suficiente para considerar que nos encontramos ante una condición general de la contratación.

Y ello aunque la entidad bancaria sostenga que, incluso si las cláusulas controvertidas se califican como condiciones generales de la contratación no deben someterse a la LCGC, y ello porque las denominadas cláusulas -suelo de los préstamos hipotecarios están admitidas y reguladas expresamente en las siguientes disposiciones legales:

- a) la OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, modificada por la OM de 12 de junio de 2010, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, dictada en desarrollo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, y conforme a su habilitación;
- b) la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, modificada por las OO.MM. de 27 de octubre de 1995, de 1 de diciembre de 1999 y de 28 de octubre de 2011 -esta última, posterior a la fecha de la sentencia recurrida-;
- c) la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares.
- d) Además, en el ámbito europeo, la propuesta de Directiva nº 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial, admite la legalidad y validez de cualquier modalidad de este tipo de cláusulas.

Siendo así las cosas, se evidencia la existencia de un control en esta materia, pues uno de los principios constitucionales rectores de la política social y económica, a tenor del artículo 51 de la Constitución Española, es la tutela de los legítimos intereses económicos de los consumidores, lo que es determinante de que el Ordenamiento desarrolle una pluralidad de normas que convergen en el intento de garantizar la existencia de mecanismos y



procedimientos a tal fin (en este sentido STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, RC 1762/2010). Por esta razón, y como bien señala el T.S en determinados supuestos el sistema impone un concreto clausulado uniforme e imperativo que facilita al consumidor la decisión reflexiva de sus comportamientos económicos, lo que se revela especialmente necesario en aquellos en los que la complejidad de los contratos y la identificación de las variables que inciden en el mismo pueden dificultar la comparación de las ofertas existentes en el mercado.



En tales casos, desde la perspectiva del Derecho nacional, con independencia de la discutible -contractualidad de las condiciones cuando su incorporación al contrato no se impone por una de las partes, sino por una disposición legal o administrativa de carácter general, es lo cierto que el artículo 4.2 LCGC dispone que "[l]a presente Ley no se aplicará [...]. Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que [...] vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes". De este modo, cuando se trata de condiciones generales utilizadas en contratos con consumidores, el considerando decimotercero de la Directiva 93/13 indica que "[...] se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión « disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo". A su vez el apartado 2 del artículo 1, dispone que "[l]as cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...] no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".

Pero es que a mayores, las reglas transcritas en el anterior apartado han sido interpretadas por el IC 2000 en el sentido de que la expresión -disposiciones legales o reglamentarias imperativas se refiere a las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo (considerando nº 13) ya que "[e]n el espíritu de la Directiva, se considera asimismo que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas y que, por consiguiente, pueden excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva a condición de que los Estados miembros velen por que en ellas no figuren dichas cláusulas (considerando nº 14).

También la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 25 afirma que: "[...] tal como se desprende del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, las



cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no están sujetas a las disposiciones de la misma", lo que según el apartado 26 "[...] se extiende a las cláusulas que reflejan las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no llegan a un acuerdo diferente al respecto", ya que, a tenor del apartado 28 "[t]al como defiende la Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en los casos contemplados en los apartados 26 y 27 de la presente sentencia, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos".

Pues bien, no es este el caso de las -cláusulas suelo, ya que la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato.

En este sentido, la STS 75/2011, de 2 de marzo, RC 33/2003, declara que la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone, como ya hemos indicado anteriormente, el artículo 2.2 de la propia OM, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería, afirma la expresada STS 75/2011, de 2 de marzo, "una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor".

Así las cosas, sólo puede afirmarse la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de estalitis.

SEXTO.- NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR FALTA DE TRANSPARENCIA.

El supuesto de hecho sometido a juicio en este caso es similar como ya hemos indicado al resuelto por el TS **en su sentencia de 9 de mayo de 2013** donde fue analizada la validez de las cláusulas suelo/techo incluidas en los contratos de préstamo a la luz de las normas nacionales y comunitarias que



protegen al consumidor (Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley de Consumidores y Usuarios, Directiva 93/13, SSTJUE de 14.06.12 y 21.03.13). El Pleno del Alto Tribunal en aquel asunto (AUSBANC vs. BBVA, CAJAS RURALES UNIDAS y NCG Banco) declaró *-la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores...por: a) la creación de la **apariencia de un contrato de préstamo a interés variable** en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero; B) la **falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato**; c) la creación de la **apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo** (se insertan de forma conjunta la cláusula suelo con la techo como aparente contraprestación de las mismas); d) su **ubicación entre una abrumadora cantidad de datos** entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor (...); e) **la ausencia de simulaciones de escenarios diversos**, relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; f) **inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad**" (apartado 7º del fallo).*

De este modo, para la adecuada resolución del pleito deberá aplicarse la doctrina jurisprudencial citada y valorarse si, en este caso, concurren las circunstancias que indican **la falta de transparencia** de la cláusula suelo discutida, sin que sea necesario para declarar la nulidad, que se den todas a la vez, sino solo alguna de ellas, siempre que sea de tal intensidad que la justifique, por falta de claridad (o transparencia). (En palabras del TS: *-las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas*" y que *-no se trata de una relación exhaustiva* ni tampoco debe concluirse que *-la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula*), para anularla. Auto de aclaración de 03/06/13).

En el presente caso, las pruebas practicadas y de acuerdo con lo señalado en los Fundamentos de Derecho anteriores, se demuestra la concurrencia todas estas circunstancias, por lo que debe anularse la cláusula suelo insertada en el contrato objeto del litigio por:

A) apariencia de un contrato a interés variable: la cláusula PRIMERA 3.3.

B) Falta de información suficiente de que se trata de elemento definitorio del contrato: el suelo se incluye en la cláusula PRIMERA 3.3, tras las extensas cláusulas donde constan las bonificaciones al diferencial; así, parece que los intereses, elemento *-definitorio del contrato*, ya estaban concretados antes de llegar al punto en el que verdaderamente se concretan fijando un mínimo. O, al menos, no se da la *-suficiente* relevancia al mínimo fijado (por ejemplo situando la cláusula suelo al principio de la regulación de los intereses).

C) Ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada. Ya se ha dicho: para llegar a la cláusula suelo deben leerse varias páginas de la escritura pública relativas a los intereses del préstamo, en las que se



incluyen porcentajes, índices de referencia, publicaciones oficiales y normativa bancaria.

D) Ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés: no se ha acreditado de ninguna forma que el cliente haya tenido a su disposición una simulación de la carga económica del contrato aplicando la cláusula suelo; dice la entidad que -se le hicieron simulaciones, pero ni consta en qué términos ni las hipótesis tenidas en cuenta, ni la recepción por el consumidor.

E) Inexistencia de Oferta vinculante entregada al actor.

F) Inexistencia de la advertencia del coste comparativo con otros productos que no incluyeran la cláusula suelo, y ello porque el empleado de la entidad reconoció que la entidad la pauta para las hipotecas, sin tener capacidad para negociar sin suelo.

De este modo, la falta de transparencia es determinante de abusividad y por ende de nulidad de la cláusula, no del contrato.

La cláusula suelo no transparente del caso es nula sin posibilidad -se señala expresamente- de que el Juez efectúe una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario (STJUE 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito).

SÉPTIMA.- LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS EN VIRTUD DE LA CLÁUSULA QUE SE ANULA.

Se solicita, además por el demandante, la restitución del importe percibido de más por la entidad bancaria, a partir del momento en que comenzó a aplicarse la cláusula suelo.

Frente a esta pretensión la parte demandada alegó en sede de conclusiones el criterio seguido por la STS de fecha 9 de mayo de 2013 en relación a la no retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la citada cláusula.

A este respecto se ha de señalar que como bien señala la sentencia de la Ilma Audiencia Provincial de Jaén de fecha 27 de marzo de 2014 (rollo de apelación nº 201/2014), Fundamento de Derecho Segundo, -Las Audiencias Provinciales han adoptado soluciones divergentes sobre este extremo, tras la citada sentencia del Tribunal Supremo, existiendo dos posiciones claramente divergentes en la que podemos insertar el criterio mantenido por nuestra Audiencia basado en la aplicación del art. 1.6 del Código Civil reproduciendo los argumentos de la Sala.

Pues bien, antes de entrar a resolver sobre la posible retroactividad aquí solicitada, debemos señalar en relación al art. 1.6 del Código Civil que, el hecho de que el TS se pronuncie sobre un aspecto jurídico determinado, no impide a nadie el acudir a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses legítimos, sin perjuicio de que su acción pueda o no prosperar en función del criterio de los Juzgados y Tribunales, que pueden o no seguir los criterios jurisprudenciales, pues de conformidad a lo dispuesto tanto en el art. 117. 1 de nuestra Carta Magna como en el art. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Jueces y Tribunales están



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley. En este sentido, debemos señalar que si bien nuestro CC establece en su art. 1.6 que *-La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*ll, esa vinculación no es rígida o formal, en el sentido de que no pueda nadie apartarse de lo dispuesto por el TS, sino que es una vinculación derivada del enorme prestigio de Nuestro Alto Tribunal, y de que el hecho de no seguir sus opiniones supondría que finalmente la sentencia que se dictase en instancias superiores supondría la revocación de las dictadas en primera instancia.

Es decir, interpuesta la acción se valorará la normativa aplicable y en función de ello se fallará. Asimismo se podrá tener en cuenta el criterio mantenido por la Instancia Superior a fin de evitar que la sentencia sea revocada, pero nada impide que el Juzgador de Instancia pueda fallar conforme a su criterio y siempre aplicando la ley a la que está sometido. Además, lo que en ningún caso procedería es no entrar a valorar el fondo de la cuestión sobreseyendo el procedimiento *in limine litis* so pretexto del criterio mantenido por la Instancia Superior, pues ello supondría tanto como vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, y privaría igualmente a los órganos jurisdiccionales encargados de la apelación, o en su caso al TS, de la posibilidad de variar sus criterios, viéndose obligados a continuar diciendo siempre lo mismo, a pesar de que son muchos los casos en que la jurisprudencia modifica sus criterios en base a nuevos argumentos ofrecidos por los solicitantes de la tutela judicial. Así, el cambio de criterio jurisprudencial está permitido por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siempre que no sea arbitrario y esté motivado (SSTC 200/90, de 10 de diciembre -EDJ1990/11258-, 221/91, de 25 de noviembre -EDJ1991/11196-, 126/92, de 28 de septiembre -EDJ1992/9313-, 207/92, de 30 de noviembre -EDJ1992/11827-, 90/93, de 15 de marzo -EDJ1993/2594-, 160/93, de 17 de mayo -EDJ1993/4617-, 192/94, de 23 de julio -EDJ1994/5581-). De este modo y como señala el propio Tribunal Supremo en sentencia de fecha 10 de mayo de 2003, se permite la evolución de una jurisprudencia innovadora, coherente y responsable, desarrollada en el marco de la legalidad y dirigida a la búsqueda de la uniformidadll.

En este punto debemos añadir que el **TS en sentencia de fecha 25 de marzo de 2015 (sentencia 139/2015)** señala expresamente que en su parte dispositiva que *-Se fija como doctrina: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013"*. Ahora bien, en la misma resolución consta voluta particular que compartimos (emitido por D. **Francisco Javier Orduña Moreno** y **D. Xavier O'Callaghan Muñoz**) y que en relación a ello señalan con acierto en el Fundamento de Derecho Octavo del mismo tras



los argumentos que señalan que -..., el recurso de casación debió ser igualmente desestimado, con la consiguiente confirmación tanto de la declaración de abusividad por falta de transparencia real de las cláusulas objeto de examen, como del pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente .

Por si todo lo anterior no fuera suficiente, a la fecha de dictarla presente sentencia ya contamos con el **Informe emitido por la Comisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictado en fecha 24 de septiembre de 2015** en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo mercantil de Granada y que es contundente cuando señala que -el cese en el uso de una determinada cláusula declarada nula por abusiva, de conformidad con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, como consecuencia de una acción individual ejercitada por un consumidor no es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad, salvo que dicha limitación sea necesaria para preservar el principio de cosa juzgada .

Es por ello que sin necesidad de entrar en más consideraciones, solo podemos estimar tal pretensión, puesto que, tal y como ha sido formulada, cumple las exigencias del art. 219.1 LEC. Y ello, porque conforme a dicho precepto, "cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada [...], no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética". En consonancia con ello prevé el apartado 3 del mismo artículo que "no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades". En el presente caso, siendo declara nula la cláusula, sólo puede estimarse la necesidad de reintegrar las cantidades cobradas en virtud de la referida cláusula, y que a fecha de demanda asciende a la cantidad de 13.255'08 euros, cantidad que no ha sido impugnada por la demandada.

Es por ello, que se estima la pretensión solicitada en los términos señalados en el escrito de demanda.

OCTAVO.- En cuanto a los intereses moratorios reclamados por la actora, al ser estimatoria la demanda, procede condenar a la demandada a abonar a la actora los intereses legales incrementados en dos puntos conforme el art. 576 LEC y hasta su completo pago desde la fecha de la sentencia, y por lo que se refiere a las cantidades indebidamente cobradas en virtud



de la -cláusula suelo- devengarán el interés legal desde la fecha de cobro y hasta la presente resolución.

NOVENO.- Dada la estimación íntegra de la demanda, con condena en costas para la parte demandada conforme al art. 394.2 LEC.

Por todo lo anterior,

FALLO

Que estimando íntegra de la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Lucia Saco Rodríguez en la representación acreditada de [REDACTED]

frente a **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A**, y en virtud de la misma, SE DECLARA

1.- La nulidad, por falta de transparencia y claridad de la cláusula limitativa a las variaciones del tipo de interés incluida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria con número de protocolo 1335 y cuyo tenor es el siguiente:

-Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del CINCO POR CIENTO.

2.- Se condena a la entidad a eliminar dicha condición general de la contratación del préstamo hipotecario a interés variable suscrito entre las partes que subsiste.

3.- Se condena a la entidad demandada a reintegrar a los actores la cantidad de 13.255'08 euros, cobrados de mas a fecha de demanda, así como todas aquellas cantidades que los actores paguen de más por aplicación de la misma hasta que la misma se deje de aplicar por ejecución de la sentencia que se dicte. Todo ello con condena al pago del interés legal correspondiente desde el momento en que se materializó cada uno de los abonos, incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia.

4.- Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y ante la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días desde su notificación en este juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Orense.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos lo pronuncio, mando y firmo



Eva María Martínez Gallego,
Magistrada Juez de Primera Instancia nº4 de Orense.



PUBLICACIÓN- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la secretaria, doy fe.

