ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JUZGADO DE LO MERCANTIL
Nº1 DE VALLADOLID

JUICIO ORDINARIO 388/2014 D

M&BL
Monclús & Busto-Landín Abogados

SENTENCIA Nº 197/2014

En Valladolid, a veinticinco de noviembre de 2014.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Javier Escarda de la Justicia, Magistrado Juez titular del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Valladolid, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO sobre nulidad de condición general de contratación y reclamación de cantidad, seguidos ante este Juzgado bajo el número 388/2014, a instancia de don/doña Laura Cardeñosa Calvo, en representación de don [redacted], bajo dirección letrada de don Juan pablo Busto Landín, frente a BANCO DE CAJA ESPAÑA, SALAMANCA Y SORIA S.A, representada por el/la procurador/a don/doña Javier Gallego Brizuela, bajo dirección letrada de doña Socorro Barrero Cantalapiedra, ha dictado

en nombre de S.M el Rey

la presente resolución en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Este documento es propiedad de Monclús & Busto-Landín Abogados. Queda prohibida su reproducción total o parcial sin el consentimiento de MBL Abogados.

PRIMERO. El/la procurador/a D/Dª Laura Cardeñosa Calvo, en representación de don [redacted] y mediante escrito que, dada la materia mercantil, correspondió a este Juzgado, presentó demanda de juicio ordinario frente a BANCO DE CAJA ESPAÑA, SALAMANCA Y SORIA S.A ejercitando acción de nulidad por abusiva de la estipulación tercera bis, en su referencia al tipo mínimo, cláusula suelo, contenida en la escritura de préstamo hipotecario firmada el 4 de junio de 2009, que establece: *" El tipo de interés nominal aplicable se fijará, al inicio de cada sucesivo período adicionando un diferencial de* ***0.50 PUNTOS PORCENTUALES*** *al índice de referencia denominado EURIBOR, sin que, en ningún caso, el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior al* ***2,75 POR CIENTO***". Se reclama además la suma de 5.262,61 € abonados de más como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula con sus intereses legales desde la fecha de cada cobro y otras pretensiones subsidiarias.

Se peticionaba además la medida cautelar de suspensión de aplicación de la cláusula, que fue acordada por auto de 7 de octubre de 2014.

Con imposición de costas a la demanda.

SEGUNDO.- Por decreto se admitió a trámite la demanda dando traslado y emplazando a la entidad demandada.

TERCERO.- En representación de la entidad BANCO DE CAJA ESPAÑA, SALAMANCA Y SORIA S.A, compareció el/la Procurador/a Sr/Sra Gallego Brizuela, quien presentó escrito de contestación ajustado a las prescripciones legales, en el que se oponía a la estimación de la demanda.

CUARTO.- La audiencia previa se celebró el 25 de noviembre de 2014 sin que se llegara a un acuerdo.

M&BL
Monclús & Busto-Landín
Abogados

Por las partes se propuso tan solo prueba documental por lo de conformidad con lo establecido en el art.429.8 LEC, que tras las conclusiones quedó visto para sentencia.

QUINTO. En la tramitación de este juicio se han cumplido todas las prescripciones legales, incluso el plazo para dictar sentencia.

M&BL
Monclús & Busto-Landín
Abogados

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se peticiona por la parte actora la nulidad de la cláusula "suelo" contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito con el 4 de junio de 2009.

Se argumenta en esencia que se trata de una cláusula no negociada, redactada unilateralmente dentro de un contrato de adhesión, estandarizado y se invoca la nulidad de la misma sobre la base del art.8 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (en adelante LCGC) y por la condición de consumidores de los mismos, de suerte que en aplicación de los arts.8 b) y 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) estaríamos ante cláusulas nulas por abusivas, existiendo una desproporción y falta de reciprocidad en claro desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en contra de las exigencias de la buena fe, habiendo además falta de información y transparencia.

SEGUNDO. En primer lugar, hemos de señalar que los demandantes tienen la condición de consumidores que invocan de acuerdo con el art.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y

Usuarios, vigente en el momento de contratar ("A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.)

De acuerdo con el art.8.2 LCGC ("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 art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.)

Conforme al art.82 LGDCU: "1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente 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.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. 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.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los arts. 85 a 90, ambos inclusive:

a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,

b) limiten los derechos del consumidor y usuario,

c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,

d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,

e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o

f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable."

De lo anterior se colige que no todas las cláusulas impuestas, no negociadas individualmente, incorporadas a un contrato de adhesión han de ser por ello nulas, sino aquellas que adolezcan de las condiciones reseñadas en los preceptos transcritos.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo, fundamentalmente la sentencia de 9 de mayo de 2013, constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinuaba el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario."

Sobre la imposición de las cláusulas señala:

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.

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.

Ahora bien 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".

Sobre la naturaleza de las cláusulas referidas a la variación de los tipos de interés refiere sin duda que se trata de condiciones generales, aunque afecten a un elemento esencial del contrato de préstamo bancario:

“189. 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.

190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial."

Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo. Y cita en tal sentido la Directiva 93/13 y la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08.

En definitiva, ello no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

La OM de 5 de mayo de 1994 (vigente hasta el 29 de abril de 2012 al ser derogada por la letra b) de la disposición derogatoria única de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (B.O.E. de 29 octubre)), regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que 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.

Para nuestro TS la primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

Se trata de verificar en primer lugar si las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos. Ello sería válido tanto para profesionales o empresarios como para consumidores.

Ahora bien, tratándose de consumidores se exige un plus. Así el artículo 80.1 TRLCU dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a)

Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]-;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". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esa Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como 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", 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".

"211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.

Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

213. En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo 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".

215. Sentado lo anterior cabe concluir:

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Nuestro Tribunal Supremo a la hora de tratar la falta de información de las cláusulas suelo/techo ha sido enormemente contundente, hasta el punto que refiere que:

"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 engañosa 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….

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 impropiamente 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.

…

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.

Sobre la abusividad de las cláusulas, nos remitimos a lo reseñado por el Tribunal Supremo plasmado ut supra. Añadiendo sobre el momento y las circunstancias a tener en cuenta:

“236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que *"el carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] 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".*

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un

concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

2.3. El desequilibrio en función de los bienes y servicios.

240. Para juzgar sobre el equilibrio de las condiciones incorporadas a contratos con consumidores hay que atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales.

241. Así lo impone el considerando decimoctavo de la Directiva 93/13 según el cual *"la naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales"*, y el tenor del art. 4.1 *"sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato [...]".*

242. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato [...].

245. En definitiva, la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos imponen entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con

independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos. Más aún, las SSTS 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, mantuvieron la posibilidad de cláusulas abusivas precisamente en contratos de préstamo.

2.4. Conclusiones.

246. De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores:

a) Debe referirse al momento de la litispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes.

b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

c) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación.

d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

En cuanto a la buena fe y al equilibrio en las cláusulas no negociadas, refiere:

250. En efecto, 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 describan 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.

251. El artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente (*SSTJUE de 7 de mayo de 2002*, Comisión/Suecia apartado 17, C-478/99, Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, apartado 19, y las ya citadas Pannon GSM apartado 37, VB Pénzügyi Lízing, apartado 42 y Aziz apartados 67).

252. Tampoco la norma española contiene especiales precisiones de que 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.

253. Antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las

que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto.

254. En este sentido apunta la ya citada STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, que, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, en el apartado 68 afirma que "[...] tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido [...], y en el apartado 69 que "en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

Sobre la licitud de las cláusulas suelo:

"256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja

Este documento es propiedad de Monclús & Busto-Landín Abogados. Queda prohibida su reproducción total o parcial sin el consentimiento de MBL Abogados.
Monclús & Busto-Landín Abogados

probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

257. No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados - lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso.”

Como aclaró el auto del TS de 3 de junio de 2013: “las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la

cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo".

Tales criterios han sido recientemente ratificados por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Así en STS de 8 de septiembre de 2014 se señala respecto del control de transparencia:

"queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).

M&BL
Monclús & Busto-Landín
Abogados

…

Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que

Este documento es propiedad de Monclús & Busto-Landín Abogados. Queda prohibida su reproducción total o parcial sin el consentimiento de MBL Abogados.

principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13 , declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".”

TERCERO. La cláusula suelo es una condición general aunque afecte a un elemento esencial, predispuesta por el empresario e impuesta (al menos no se acredita lo contrario por quien tenía la carga de su prueba ex art.217.3 LEC) de suerte que no ha sido negociada, no hay atisbo de ello ante la orfandad probatoria de esta litis.

En cuanto a que no sea posible realizar un control de abusividad sobre un elemento esencial (en cuanto conforma el precio), nos remitimos a lo arriba reseñado en cuanto que el Tribunal Supremo sí permite el mismo, como excepción, tratándose de consumidores y respecto de la concurrencia de otros parámetros.

Dicho de otra manera, el que se fije un tipo suelo del 2,75%, en sí mismo no puede ser objeto de control de abusividad pues el precio es el libremente pactado. Como reza la sentencia del TS de 29-12-1971: "La falta de reciprocidad económica de las obligaciones convenidas y la consiguiente lesión para alguna de las partes no determina en nuestro Derecho la rescisión fuera de los casos señalados por la ley, art.1.293".

Ahora bien, si concurren otros parámetros de los enumerados a título ejemplificativo en la resolución de 9 de mayo de 2013, sí puede ser abusiva, incluso por un desequilibrio en su conjunto, ausencia de buena fe, falta de información etc.

Precisamente esta falta de información es determinante en el caso que nos ocupa, pues no consta que se les haya una mínima información de la trascendencia de la cláusula limitativa.

En relación con la vulneración de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (vigente en el momento de suscribirse la póliza), debemos considerar que sí es de aplicación al caso que nos ocupa en que el préstamos es de 150.000 €, no superándose por tanto los 150.253,026 € que fija como límite el art.1.1 3º.

La Orden alude en su art.1:

"Ámbito de aplicación.

1. La presente Orden será de aplicación obligatoria a la actividad de las entidades de crédito relacionadas con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria, cuando concurran simultáneamente las siguientes circunstancias:

1. Que se trate de un préstamo hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda.

2. Que el prestatario sea persona física.

3. Que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25 millones de pesetas, o su equivalente en divisas."

Pues bien no consta, ni de las escrituras incorporadas, que se haya dado cumplimiento al art.7 de dicha Orden:

"3. En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario:

1.º Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiendo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.

2.º En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de esta Orden.

b) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. 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."

Como reza la STS antes citada de 8 de septiembre de 2014:

"En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del

respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia."

No hay folleto informativo ni oferta vinculante, ni tampoco consta que se les hiciera simulaciones de escenarios diversos.

Entendemos por ello que la actuación de la entidad es contraria a los buenos usos y prácticas financieras, al no haber acreditado haber informado adecuadamente a los demandantes sobre la inclusión en su préstamo de una cláusula de limitación a la variación del tipo de interés.

Al margen de lo anterior (que sería suficiente para dictar sentencia estimatoria) sobre lo que luego volveremos, la redacción de la cláusula del BANCO DE CAJA ESPAÑA, SALAMANCA Y SORIA S.A es clara, concreta, sencilla (en idéntico sentido Auto de la A.P de Valladolid de 7 de marzo y 18 de septiembre de 2014):"… *El tipo de interés nominal aplicable se fijará, al inicio de cada sucesivo período adicionando un diferencial de* ***0.50 PUNTOS PORCENTUALES*** *al índice de referencia denominado* ***EURIBOR****, sin que, en ningún caso, el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior al* ***2,75 POR CIENTO***".

Pasaría el primer filtro o control de transparencia; el de control de inclusión documental de la cláusula, conforme a los artículos 5 y 7 LCGC, mas no el de comprensibilidad de un consumidor medio.

Por otra parte la cláusula cuestionada, si no enmascarada, sí aparece cuando menos "difuminada" en la póliza plasmada en la escritura en un subapartado de la cláusula tercera bis, sin un apartado específico relativo a "Límites de variabilidad del tipo de interés aplicable" o similar, sin realce alguno más que la configuración en

Este documento es propiedad de Monclús & Busto-Landín Abogados. Queda prohibida su reproducción total o parcial sin el consentimiento de MBL Abogados.

M&BL Monclús & Busto-Landín Abogados

negrita del porcentaje y el euribor, sin destacarse que ese y no otro iba a ser el tipo "fijo" a aplicar desde el inicio y durante muchos años de vigencia del contrato, lo que efectivamente ya estaba ocurriendo con la progresiva bajada del Euribor, de manera que siendo la voluntad del consumidor la de suscribir un préstamo a interés variable se convirtió en un préstamo a tipo fijo desde el inicio, como decimos.

Por si todo lo anterior fuera poco, ni siquiera consta que el empleado del banco con el que negociaron los actores, hubiera informado mínimamente del verdadero alcance de la obligación, transcendencia económica de la cláusula suelo que firmaban y ello por cuanto que ni siquiera fue traído a juicio por la entidad demandada. Y no solo eso, sino que en las condiciones que le facilitaba el empleado de la entidad (doc.5), Sr. Sayagués (no desvirtuado de contrario), no figuraba la cláusula suelo, como tampoco se hacía mención alguna en la hoja publicitaria (doc.4) relativa a la Hipoteca Joven Caja Duero a la que se acogían. Tan solo por una simple llamada telefónica realizada tres días antes a los actores, se enteraron de esa modificación, sin que ello suponga que les explicaran el verdadero alcance, la transcendencia económica y jurídica de la cláusula suelo.

Todo ello ha de conducir a la estimación de la demanda inclusive en cuanto a la reclamación retroactiva de las cantidades indebidamente percibidas, sobre lo que trataremos a continuación.

CUARTO. Sobre la retroactividad de la nulidad declarada existen ciertamente sentencias discrepantes.

Las entidades vienen rechazando la aplicación del art. 1303 CC y concordantes que obligaría a devolver lo indebidamente percibido. Para ello, se invoca la propia

doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013 que declara la irretroactividad de los efectos de la nulidad si bien, a nuestro entender, no con la eficacia que se pretende.

El origen de la polémica viene sin duda marcado por el pronunciamiento de la sentencia en relación con la irretroactividad de la misma, cuyo fallo se pronuncia así: "*No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia".*

Sin embargo, hemos de considerar que dicha irretroactividad no es aplicable al caso de autos por cuanto que en aquella no se ejercitaba una acción de condena a las partes demandadas a reintegrar las cantidades, sino una acción colectiva de cesación cuyos efectos se proyectan exclusivamente hacia el futuro.

Así, la propia sentencia reconoce: *"como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "quod nullum est nullum effectum producit" (*lo que es nulo no produce ningún efecto, tal como dispone el art. 1.303 del Código Civil: "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses…").

El art.1303 CC resulta de aplicación al caso, en que se parte de la nulidad, que consustancialmente tiene efectos ex tunc, sin que una sentencia judicial pueda

M&BL
Monclús & Busto-Landín
Abogados

abrogar o derogar la Ley, ni esa era obviamente la intención de nuestro TS. Nuestro más alto tribunal ya había acordado la devolución retroactiva en supuestos de nulidad de cláusulas abusivas (STS 29-4-2010).

En la sentencia dubitada se señala: *" Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, "[…] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente"* y tras indicar que esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, matiza que dicha regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad no puede ser impermeable a los principios generales del Derecho –entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)- y reseña que "… *esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "[l]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad" (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009).*

Pues bien, en el presente caso, se ha producido ese enriquecimiento por parte de la entidad sin contraprestación alguna y además no concurre la excepcionalidad manifestada por el TS al conocer de una acción colectiva.

A nivel comunitario, el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, recoge los efectos de una cláusula abusiva, al disponer que "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".

La doctrina jurisprudencial del TJUE en interpretación de dicha Directiva es clara al establecer la nulidad como efecto de las cláusulas abusivas utilizadas en los contratos con consumidores, prohibiendo la integración del contrato, siendo a tal efecto paradigmáticas las sentencias de 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito), 21 de febrero de 2013 (caso Banif Plus Banck Zrt y los Sres. Csipai), 14 de marzo de 2013, 21 de marzo de 2013, citada por el TS al acoger la regla de la retroactividad, al disponer que la interpretación realizada por el TJUE de una norma de la Unión *"puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación";* y la de 30 de mayo de 2013, en tanto establece que cuando se haya declarado abusiva una cláusula los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados *"a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula"*.

Por la dimensión de la reclamación, no se quiebra ni se pone en riesgo la seguridad jurídica, en el sentido de conservar efectos ya consumados y que no se produzcan trastornos graves con trascendencia para el orden público económico.

Este documento es propiedad de Monclús & Busto-Landín Abogados. Queda prohibida su reproducción total o parcial sin el consentimiento de MBL Abogados.

M&BL
Monclús & Busto-Landín Abogados

En definitiva, no concurren los motivos ni las causas para aplicar la doctrina excepcional de irretroactividad de los efectos de la cláusula nula, cuyo efecto legal es imperativo e insoslayable al no darse aquellos, procediendo en este caso concreto la devolución de lo cobrado indebidamente con los intereses de mora, debiendo en ejecución de sentencia y sobre la base (art.219 LEC) de las condiciones fijadas en la póliza, recalcularse dichas sumas.

QUINTO.- Siendo íntegramente estimada la demanda, procede hacer expresa imposición de las costas del presente procedimiento a la demandada conforme a lo establecido en el art. 394 de la LEC.

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

M&BL
Monclús & Busto-Landín
Abogados

FALLO

Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por don/doña Laura Cardeñosa Calvo, procurador/a de los Tribunales, en representación de don [redacted] contra BANCO DE CAJA ESPAÑA, SALAMANCA Y SORIA S.A, DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD por abusiva de la estipulación tercera bis, en su referencia al tipo mínimo, cláusula suelo, contenida en la escritura de préstamo hipotecario firmada el 4 de junio de 2009, que establece: *"El tipo de interés nominal aplicable se fijará, al inicio de cada sucesivo período adicionando un diferencial de 0.50 PUNTOS PORCENTUALES al índice de referencia denominado EURIBOR,*

***sin que, en ningún caso, el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior al 2,75 POR CIENTO*”, condenando a la entidad demandada a pasar por esta declaración aplicando en lo sucesivo el interés variable pactado y a reintegrar a los demandantes las cantidades indebidamente percibidas con sus intereses legales desde cada uno de los abonos; lo que se determinará en ejecución de sentencia sobre la base de las condiciones fijadas en el préstamo, excluyendo la cláusula declarada nula.**

Las costas se imponen a la demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que, en su caso, deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los veinte días siguientes a aquél en que se notifique esta resolución, acreditando la constitución de un depósito de 50 € en la cuenta de consignaciones del Juzgado (Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, introducida por LO 1/2009 de 3 de noviembre).

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

M&BL
Monclús & Busto-Landín
Abogados

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la presente sentencia por el Sr. Juez que la dictó hallándose celebrado audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

-

Monclús & Busto-Landín
Abogados

Este documento es propiedad de Monclús & Busto-Landín Abogados. Queda prohibida su reproducción total o parcial sin el consentimiento de MBL Abogados.