

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 08 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 2 - 28013

Tfno: 914930474

Fax: 914930470

42010143

NIG: 28.079.00.2-2015/0082327

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 311/2015



Materia: Condiciones generales de la contratación (Acción de cesación, retractación y declarativa)

Clase reparto: DEMANDAS COND. GRALES. CONTRAT.

Demandante:: D./Dña.

y D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. FELIPE BERMEJO VALIENTE

Demandado:: UNION DE CREDITO PARLA LA FINANCIACION MOBILIRIA E INMOBILIARIA, CREDIFIMO,

PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

SENTENCIA Nº 27/2017

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. ANTONIO CARLOS MARTÍNEZ-UCEDA CALATRAVA

Lugar: Madrid

Fecha: siete de febrero de dos mil diecisiete

VISTOS por mí, CARLOS MARTÍNEZ-UCEDA CALATRAVA, Magistrado/Juez titular del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid los presentes autos seguidos con el número 311/15 a instancia de **Y DOÑA**

contra **CREDIFIMO**, ejercitando **acción DECLARATIVA Y DE RECLAMACION DE CANTIDAD** y siendo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Procurador de los Tribunales que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, se presentó demanda de juicio ORDINARIO que en síntesis SUPLICABA que se dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos:

1. Se declare el carácter abusivo y en consecuencia la nulidad de la cláusula Tercera Bis del contrato concertado por las partes en fecha 18 de junio de 2007 consistente en Cláusula

Suelo, con todos los efectos inherentes a la declaración de nulidad y a estar y pasar por dicha declaración.

2. Se condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas impugnadas relativas a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable, y que a fecha de la presentación de la presente demanda ascendía provisionalmente a 16.092,40€ a reserva de cálculo más acertado tras la práctica de la prueba, así como a reintegrar todas aquellas cantidades que por ella pudieran ser percibidas en exceso durante el presente procedimiento como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas, en lugar del estricto diferencial pactado, resultando su cuantía la diferencia existente entre ambos, y en todo caso más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción. Indemnizar a mi mandante la cantidad de 16.092,40 euros, más los intereses legales correspondientes.

3. Se condene a la entidad demandada a la eliminación de la precitada cláusula tercera bis del contrato de préstamo suscrito entre las partes, relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable así como a recalcular y rehacer, con exclusión de la cláusula tercera bis, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con los demandantes contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

4. Se condene al pago de las costas de este proceso a la citada demandada. Para el caso de estimación parcial por causa de tratarse cantidades inferiores, a resultas datos que pueda aportar la entidad financiera y pudieran influir en la amortización, solicitamos igualmente la imposición de costas al tratarse de error atribuible en exclusiva a la demandada, que no facilita previamente la información e incumple sus deberes legalmente establecidos.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada, que presentó escrito de contestación de la demanda en fecha 21 DE DICIEMBRE DE 2015 interesando la desestimación íntegra de la misma con imposición de costas a la demandante.

TERCERO.- En fecha de 20 DE DICIEMBRE DE 2016 se celebró acto de juicio

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora reclama mediante la interposición de la presente demanda que se dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos:

1. Se declare el carácter abusivo y en consecuencia la nulidad de la cláusula Tercera Bis del contrato concertado por las partes en fecha 18 de junio de 2007 consistente en Cláusula Suelo, con todos los efectos inherentes a la declaración de nulidad y a estar y pasar por dicha declaración.

2. Se condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas impugnadas relativas a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable, y que a fecha de la presentación de la presente demanda ascendía

provisionalmente a 16.092,40€ a reserva de cálculo más acertado tras la práctica de la prueba, así como a reintegrar todas aquellas cantidades que por ella pudieran ser percibidas en exceso durante el presente procedimiento como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas, en lugar del estricto diferencial pactado, resultando su cuantía la diferencia existente entre ambos, y en todo caso más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción. Indemnizar a mi mandante la cantidad de 16.092,40 euros, más los intereses legales correspondientes.

3. Se condene a la entidad demandada a la eliminación de la precitada cláusula tercera bis del contrato de préstamo suscrito entre las partes, relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable así como a recalcular y rehacer, con exclusión de la cláusula tercera bis, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con los demandantes contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

4. Se condene al pago de las costas de este proceso a la citada demandada. Para el caso de estimación parcial por causa de tratarse cantidades inferiores, a resultas datos que pueda aportar la entidad financiera y pudieran influir en la amortización, solicitamos igualmente la imposición de costas al tratarse de error atribuible en exclusiva a la demandada, que no facilita previamente la información e incumple sus deberes legalmente establecidos.

La demanda se circunscribe resumidamente en:

PRIMERO.- Concertación del préstamo.

El día 18 de junio de 2007, mis representados concertaron un contrato de préstamo hipotecario con la entidad financiera CREDIFIMO por importe de 250.000 euros, constituyendo hipoteca sobre la vivienda señalada en la escritura de préstamo hipotecario.

En el citado contrato se pactó la devolución del capital con tipo de interés variable fijado en (conocida como "cláusula suelo"), mediante la cual, por mucho que baje el tipo de referencia o EURIBOR, siempre se aplicará el citado tipo mínimo del 4,10%.

Se acompaña como documento nº 1, copia simple de la escritura de préstamo hipotecario en cuya cláusula Tercera Bis, se inserta el citado pacto de interés mínimo. En concreto la cláusula reza lo siguiente: "El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al VEINTE (20,00) por ciento, ni inferior al TRES COMA NOVENTA Y CINCO (4,10) por ciento nominal anual"

SEGUNDO.- Efectos de la cláusula Tercera Bis.

Como consecuencia de la aplicación de las citadas cláusulas, misrepresentados, desde la suscripción del préstamo hasta la actualidad han venido abonando cuotas por encima de lo legalmente establecido, sin beneficiarse de las bajadas del EURIBOR.

De tal manera que se han satisfecho una cantidad adicional por aplicación de dicha cláusula, de aproximadamente 16.092,40€ totalmente abusiva como exponemos a continuación.

La citada cláusula contractual constituye una condición general de la contratación de carácter abusivo, al tratarse de una cláusula no negociada individualmente, incorporada de

manera generalizada por la entidad bancaria demandada en sus contratos de préstamo hipotecario, que transgrede el principio de buena fe contractual al ocasionar en detrimento del cliente un desequilibrio de las obligaciones contractuales injustificado y favorable para una sola de las partes, en este caso la entidad bancaria demandada.

TERCERO.-Intento de solución extrajudicial

Mis representados han solicitado en reiteradas ocasiones la retirada de esta cláusula y la eliminación de las cantidades cobradas en su aplicación, sin obtener respuesta en ningún sentido. Se acompaña escrito solicitando dicha eliminación como documento nº 2, así como respuesta de la entidad demandada, como documento nº 3.

Acudiendo a un simulador electrónico, y con un cuadro de amortización de fecha 20/02/2015, que se adjunta como documento nº 4, hemos hallado como cuantía provisional la de 16.092,40€ que se señalan como cuantía del pleito, a expensas de conocer el cuadro de amortización exacto que deberá facilitar la entidad en sede judicial.

CUARTO.- Ejercicio de la acción de nulidad

Sobre la base de estos hechos, se ejercita esta acción por la que, en aplicación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, se pretende que se declare la nulidad de la cláusula con devolución de las cantidades pagadas en aplicación de la misma.

En primer lugar, cabe subrayar que mi mandante es un consumidor incluido en el ámbito del artículo 3 del Texto Refundido de la ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, RDL 1/2007, el cual fija el concepto de consumidor al indicar que: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuario las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". En este supuesto, no cabe duda de que mis representados concertaron el préstamo para la adquisición de una segunda vivienda por lo que actúa fuera del ámbito propio de su actividad profesional. Sin embargo y subsidiariamente a lo anterior, para el caso en que este juzgador no entendiera que mis representados tienen la condición de consumidores habrá que aplicarse lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

En segundo lugar, y en este ámbito de aplicación, el art. 82. 1 del citado Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone en su apartado primero que "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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". Partiendo de este precepto, como ha indicado reiteradamente la jurisprudencia, el concepto de cláusula abusiva se puede centrar en aquella estipulación que no habiéndose negociado individualmente o consentido expresamente, causa, en contra de las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los

derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, debiendo citarse en este sentido el artículo 3.1 de la Directiva 93/13, a lo que es preciso añadir que 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 este dependa (artículo 82.3 RDL 1/2007), lo que debe implicar un llamamiento a una interpretación judicial del contrato, al amparo del artículo 1.285 del Código Civil, guiada por los parámetros de la buena fe, atendiendo a las circunstancias concurrentes y en base a criterios sistemáticos, y sin olvidar la regla interpretativa "contra proferentem" que impide que una cláusula oscura se interprete a favor del predisponente. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas las contempladas en el catálogo sito en el art. 82.4 y desarrollado en los artículos 85 a 90 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

QUINTO.- Desequilibrio por falta de reciprocidad.

En este caso, la entidad bancaria fijó unilateralmente la cláusula Tercera Bis del contrato, sin que mi representado tuviera una oportunidad real alguna de negociar los términos de su contrato y en particular la rebaja o supresión de la mencionada cláusula. A pesar de que se incluye también la mencionada "cláusula techo" que seguramente será opuesta de contrario a fin de demostrar que el principio de reciprocidad no está quebrado, al establecer una cláusula techo del 20,00%, no cabe pensar que esa cláusula realmente fuera una garantía para mi representado, pues siempre se trata de una cantidad irreal a la que de hecho, nunca llegaría el Euribor. Así lo ha razonado el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010, considerando que "el tipo de partido de un préstamo superior al suelo señalado y hasta el mismo suelo, coherente a su firma y concierto, cabe reputarse asumible por el consumidor. Sin embargo el techo señalado en las cláusulas y por contrapartida, es difícilmente asumible por el mismo usuario, por no decir sencillamente imposible".

En el mismo sentido ha sido valorada por la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de León, de 11 de marzo de 2011, en la que atinadamente se razona: "A fin de valorar la denunciada desproporción debe estarse al criterio impuesto en el artículo 82.3 de la LGDCU, en cuya virtud "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". Y es precisamente el presente marco contextual financiero el que permite extraer como conclusión del examen de la evolución del índice tomado como referencia en la cláusula (Euribor) que desde un punto de vista estadístico pueda calificarse de irreal la posibilidad de incremento de dicho índice por encima del 12% en el que la demandada viene fijando el límite superior en los contratos de préstamo que redacta". Incluso la jurisdicción contencioso-administrativa, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Vitoria, en sentencia de 19 de septiembre de 2012, estimó la comisión de una infracción grave de consumo impuesta por la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno Vasco, tipificada en el vigente artículo 49.1.i) TRLGDCU, por la utilización de esta cláusula abusiva en los contratos de CAJA DE AHORROS DE NAVARRA.

Así las cosas, lo cierto es que en tanto que el escenario económico real desterraba en la práctica la posibilidad de aplicación de la cláusula techo en perjuicio de la entidad financiera, la aplicación de la cláusula suelo en detrimento de los usuarios era un hecho previsible por la entidad bancaria como experta en la intermediación financiera. La convicción de la imposibilidad de alcanzar los elevados techos establecidos, se evidenciaría con cualquier análisis de riesgos de la entidad que sin duda alguna, de producirse aquél escenario y tener que enfrentarse el usuario a tan desmedidas cotas de interés, no le hubiera concedido el préstamo hipotecario por la elevadísima posibilidad de impago. Son en este sentido numerosas resoluciones las que apuntan la nulidad por la falta de equilibrio (SSAP de Alicante, Sección 8ª, de 10 de febrero y 13 de septiembre de 2012, SAP de Burgos, Sección 3ª, de 23 de marzo de 2012, SSAP de Cáceres, Sección 1ª, de 10 de julio; 18 de julio y 5 de octubre de 2012; SAP de Baleares, Sección 5ª, de 19 de noviembre de 2012,; SAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 8 de mayo de 2012, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, de 21 de diciembre de 2011, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Córdoba, de 16 de noviembre de 2012, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, de 20 de diciembre de 2011, y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma de Mallorca, de 12 de febrero de 2012, Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Orense de 13 de mayo de 2013, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, de 7 de junio de 2013, o SAP de Álava, Sección 1ª, de 9 de julio de 2013).

Por tanto, mediante esta cláusula y sin contrapartida, la entidad demandada obtiene con el tipo de interés variable que establece como condición general de la contratación una posición objetivamente más ventajosa, en relación con mis representados que no gozan en modo alguno de protección real en caso de una variación al alza del índice de referencia, o de otras ventajas que compensen ese mínimo establecido a favor de la entidad bancaria. Se constata una falta de semejanza entre las acotaciones al alza y a la baja comúnmente practicadas por la demandada en los préstamos hipotecarios suscritos a interés variable, en la medida en que pese a que la segunda se muestra potencial y realmente efectiva, pues al presente está liberando a la demandada del perjuicio consistente en la percepción de un menor ingreso como consecuencia de la extraordinaria reducción verificada en el índice referencial, sin embargo el prestatario no verá cubierto su riesgo de haber de afrontar una cuota muy superior en caso de producirse, como de hecho ya vaticina el Banco Central Europeo, una tendencia alcista en la evolución del Euribor, por lo que en definitiva, constatada tal falta de semejanza, debe la misma reputarse determinante de un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, y en todo caso de la falta de reciprocidad en el contrato, circunstancias que añadidas a la obvia mala fe que preside la actuación de la demandada y que resulta de la predisposición e imposición de un instrumento de cobertura de riesgo irreal, no cabe sino calificar de abusiva, y por tanto nula de pleno derecho, la condición general objeto de impugnación.

Todo lo dicho permite apreciar desproporción en la ejecución del contrato, vulnerando las previsiones del art. 82 4 TRLGDCU, que señala que “no obstante lo dispuesto en los apartados precedentes, son en todo caso abusivas las cláusulas que determinen falta de reciprocidad en el contrato o resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato”. Es decir, una norma no negociada individualmente y no consentida expresamente, contraria a la buena fe y adoptada en perjuicio del consumidor, que causa un desequilibrio importante en derechos y

obligaciones, que son los requisitos que cristaliza el citado art. 82. 1 para considerar en general, una cláusula como abusiva.

Pero es que además del desequilibrio manifiesto que supone la imposición de la cláusula de limitación de variabilidad del tipo de interés, la imposición de este tipo de clausulado supone también la contravención de la transparencia.

SEXTO. Falta de transparencia:

La STS de 9 de mayo de 2013 parte de la base del cumplimiento de la normativa estatal sobre concesión de préstamos hipotecarios contenida en OM de 5 de mayo de 1994, sin que ello impida eludir el control de abusividad de una cláusula en contratos con consumidores en los que la transparencia de las cláusulas no negociadas incluye el control de la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, de conformidad con el art. 80.1 TRLGDCU. A la luz de ese artículo puede apreciarse claramente que la cláusula Tercera Bis objeto de esta demanda, no supera tampoco este control de transparencia por las siguientes razones:

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 a 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 advirtiendo de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) Se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y diluyen la atención del consumidor.

Además, hay que tener en cuenta, como recuerda también la SAP de Córdoba, Sección 3ª, de 21 de mayo de 2013, que la ausencia de transparencia está ligada a la falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

En este sentido encontramos la siguiente jurisprudencia:

- Audiencia Provincial de Cáceres. Sentencia Cláusula Suelo de 23/05/2012 »*
- Audiencia Provincial de Zaragoza. Sentencia Cláusula Suelo de 08/05/2012 »*
- Audiencia Provincial de Cáceres. Sentencia Cláusula Suelo de 24/04/2012 »*

- *Audiencia Provincial de Burgos. Sentencia Cláusula Suelo de 23/03/2012 »*
- *Audiencia Provincial de Alicante. Sentencia Cláusula Suelo de 10/02/2012 »*
- *Audiencia Provincial de Burgos. Sentencia Cláusula Suelo de 27/03/2012 »*
- *Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Palma de Mallorca. Sentencia Cláusula Suelo de 02/02/2012 »*
- *Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Cádiz. Sentencia Cláusula Suelo de 21/12/2011 »*
- *Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Málaga. Sentencia Cláusula Suelo de 20/12/2011 »*
- *Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Cáceres. Sentencia Cláusula Suelo de 18/10/2011 »*
- *Juzgado de lo Mercantil N° 7 de Barcelona. Sentencia Cláusula Suelo de 12/09/2011 »*
- *Juzgado de lo Mercantil N° 9 de Madrid. Sentencia Cláusula Suelo de 08/09/2011 »*
- *Juzgado de lo Mercantil N° 1 de León. Sentencia Cláusula Suelo de 11/03/2011 »*
- *Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Sevilla. Sentencia Cláusula Suelo de 30/09/2010 »*

En consecuencia, dado el carácter abusivo de la mencionada cláusula, tanto por falta de reciprocidad como por falta de transparencia, se interesa su nulidad con las consecuencias jurídicas inherentes a la declaración de nulidad.

SÉPTIMO.- De la declaración de nulidad y efectos.

De acuerdo a lo expuesto, se pretende que se declare la nulidad de la cláusula Tercera Bis del contrato por ser abusiva y que se devuelvan a mis representados la cantidad 16.092,40€, la cual deberá incrementarse con los intereses moratorios correspondientes.

Así ha dictaminado la Audiencia Provincial de Álava en sentencia de 9 de julio de 2013 al considerar que “ El art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El art. 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al art. 1303 CCv obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por el recurrente, puesto que sólo operó la cláusula suelo. En consecuencia, como señala la sentencia recurrida, la nulidad de la cláusula que suponía un límite a que se aplicará el interés variable pactado acarrea la obligación de restitución por el banco del importe indebidamente cobrado al aplicarla.

No hay razón para no hacerlo, porque los criterios que señaló la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 no concurren, en tanto que no se aprecia cómo puedan este caso concurrir el “riesgo de trastornos graves” a que alude, igual que hizo la STJUE de 21 de marzo de 2013, WE Vertrieb. Ya se ha dicho que no parece que la economía nacional o del banco

recurrente puedan padecerlos de modo sensible, y menos aún grave, por restituir al cliente unos 17.000 €. Finalmente, es cierto que la STS de 13 de marzo de 2012, rec. 675/2009, permite matizar la obligación restitutoria en caso de nulidad, pues dice “la "restitutio" no opera con el automatismo que le atribuye la recurrente. Antes bien, el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula que contienen los artículos identificados en los dos motivos 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 - sentencias 485/2000, de 16 de mayo, y 541/2008, de 23 de junio - y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad. Es el caso, por ejemplo, de relaciones integradas por obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes - sentencia 109/2009, de 26 de febrero -, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida”.

Pues bien, en este caso ha habido un claro enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco recurrente, frente a otro, su cliente. No ha habido una situación que ha funcionado durante tiempo sin desequilibrio económico para las partes, porque la cláusula sólo ha operado en perjuicio de una y beneficio de otra, sin que nunca sucediera lo contrario. No hay por lo tanto motivo para excluir el efecto que dispone el art. 1303 CCv, en tanto que hubo un enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco, frente a otro, el cliente, que carece de justificación porque se basa en una previsión nula -por abusiva y falta de transparencia-, la cláusula suelo, lo que supone la desestimación de este último motivo de la apelación y la del recurso en su totalidad”.

En este mismo sentido, y sumando un número cada vez más elevado de sentencias favorables, sin ánimo de exhaustividad señalamos:

- 1.- SAP de Cuenca, Sección 1ª de 30 de julio de 2013.*
- 2.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Secc. 8ª, de 23 de julio de 2013.*
- 3.- Sentencia Juzgado Civil nº 4 Ourense -Mercantil de 10 de mayo de 2013.*
- 4.- SentenciaJdo Ourense 4-Mercantil 10-mayo-2013,*
- 5.- Sentencia Juzgado Civil nº 4 Ourense Mercantil de 13 de mayo de 2013.*
- 6.- Sentencia Juzgado Mercantil nº 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013.*
- 7.- Auto Juzgado Primera Instancia nº 1 BARCELONA de 31 de mayo de 2013.*
- 8.- Sentencia Juzgado Mercantil nº 10 BARCELONA de 7 de junio de 2013.*
- 9.- Sentencia Juzgado Mercantil nº 5 de BARCELONA de 17 de junio de 2013.*
- 10.-Sentencia Juzgado Mercantil nº 1 BILBAO de 19 de junio de 2013.*
- 11.- Sentencia Juzgado 1ª Instancia nº 4 Ourense (Mercantil) de 21 de mayo de 2013.*

OCTAVO. Nueva redacción del artículo 83 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, en vigor desde 28-3-2014, y por tanto, posterior a la Sentencia de 9-5-2013 del Tribunal Supremo. Efectos retroactivos obligatorios de la declaración de nulidad.

La consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula suelo es la expulsión del contrato, sin posibilidad de moderación o integración.

No es posible otra solución, a la luz de la nueva redacción del artículo 83 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, según modificación operada por Ley 3/2014, que entró en vigor el 28-3-2014.

A continuación explicamos con más detalle el significado de esta reforma:

Redacción vigente entre 1-12-2007 y 28-3-2014

“ Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato

1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.”

Redacción vigente en la actualidad a partir de art. 27 de la Ley 3/2014, que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16-11-2007.

«Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.»

El sentido de esta modificación queda perfectamente aclarado en el Preámbulo de la Ley 3/2014:

“III. En otro orden de cosas, la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito (TJCE 2012, 143). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.

*El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. **El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las***

mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del texto refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apartado 1 , de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993.”

La nueva redacción del artículo 83 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios es bastante expresiva al haber desaparecido toda referencia a una posible integración de las cláusulas abusivas en los contratos.

*A mayor abundamiento, según ha quedado sentenciado por el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 21 de enero de 2015**, no es admisible ningún tipo de integración o moderación de cláusulas:*

*“33 Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. **No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización** (véase, en este sentido, la sentencia, Kásler y KáslernéRábai, EU:C:2014:282, apartados 82 a 84)..*

La demandada contesta manifestando:

PREVIO PRIMERO.- Negamos los hechos del escrito de demanda en la medida en que no sean expresamente reconocidos, o pudieran contravenir los alegatos o afirmaciones que a continuación recogemos, prescindiendo, en lo que resulte necesario la presente Contestación, del orden correlativo de la demanda.

Entendiendo obligado centrar este proceso en la casuística fáctica concreta prescindiremos de un orden estrictamente correlativo en la narración de los hechos de la presente oposición.

PRIMERO.- *Las partes firmaron el día 18/06/2007 escritura de préstamo con garantía hipotecaria en la que se plasman las condiciones económicas pactadas tras los acuerdos a los que las partes habían llegado.*

SEGUNDO.- *Disconformes.*

Entre los acuerdos alcanzados por las partes, se encontraba la inclusión de la denominada clausula suelo. Por ello los actores han venido pagando aquello a lo que libre y voluntariamente se comprometieron tras las negociaciones previas y teniendo en cuenta las circunstancias concretas, cantidad solicitada - 250.000 euros - , ingresos de los actores, plazo, ...

TERCERO.- *Disconformes.*

La cláusula de la que se pretende su nulidad le está siendo de aplicación por lo pactado desde el año 2009, y la reclamación efectuada se realiza en el año 2013, fruto a juicio de esta parte no del desconocimiento, más bien, de las demandas masivas que se están interponiendo por este motivo.

Esta parte no está de acuerdo con el cálculo efectuado de contrario, impugnándolo desde este momento, toda vez que no puede hacer prueba su realización con un simulador electrónico. En caso de ser estimada la demanda se deberá proceder al cálculo correcto.

CUARTO, QUINTO, SEXTO, y SEPTIMO.- Disconformes.

Nuevamente señalar que la cláusula suelo, al igual que el resto de las condiciones económicas fueron negociadas con los actores, en función de las circunstancias concretas al presente préstamo.

Dichos límites se recogieron junto al resto de condiciones de la operación en la oferta vinculante que le fue entregada 7 días antes de la firma de la escritura pública.
DOCUMENTO 5.

El hecho de que la oferta vinculante fuera entregada al actor con antelación suficiente permitió a éste estudiar las condiciones del préstamo, y tras haberla tenido a su disposición pudo examinarla pormenorizadamente como de hecho manifestó haber hecho. A juicio de esta parte es contrario a la más mínima ética el haber obtenido la información adecuada para formar un consentimiento contractual válido, eficaz y vinculante – información que se adecuaba a la normativa vigente- , y años después irrogarse de una posición de ignorancia incierta, a fin de revisar el coste de lo que entiende le puede ser más barato.

La firma de la oferta vinculante y de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria – en la que ratifica su conocimiento plasmando su firma, y en la que consta claramente entre las advertencias notariales la existencia de dichos límites a la variación del tipo de interés - se realizaron en el año 2007, y la “cláusula suelo” tuvo aplicación en el año 2009, momento en el que ya era notorio la existencia de este tipo de cláusulas, y aun así, dado que el actor sabía de su conocimiento por haberla pactado y habersele explicado su significado y alcance no realiza reclamación alguna, ni muestra su disconformidad hasta la presentación de la reclamación efectuada en el año 2013, y la demanda en el presente año, demanda claramente oportunista y en contra de sus propios actos.

El silencio del actor durante todos estos años, sólo cabe ser interpretado como acreditación de que el prestatario aceptó (evidentemente, con pleno conocimiento en el momento de su firma) el límite establecido en la escritura.

En cuanto al resto de lo manifestado en los correlativos, entendemos son cuestiones jurídicas que pasarán a contestarse en los fundamentos de derecho de esta contestación, y que damos aquí por reproducidos.

Por todo lo expuesto, la “cláusula suelo” no es nula y no procede por tanto restituir cantidad alguna.

SEGUNDO.- Abordada la cuestión desde el punto de vista de las diferentes cláusulas objeto de impugnación, se circunscribe la presente resolución a: **nulidad de cláusula suelo y carácter retroactivo de la misma.**

Como elementos esenciales en la presente resolución se contemplan por el demandado la excepción procesal de **prejudicialidad civil**, la cual debe ser rechazada en la presente resolución a la vista de que no se ejercita en el presente procedimiento una acción colectiva ni se solicita la extensión de efectos de la misma frente a la colectividad, siendo necesario, además, precisar que a la fecha de celebración de la presente vista ya ha recaído sentencia de acción colectiva a la que hace referencia la contestación de demanda.

En numerosos litigios acerca del estudio de las diferentes condiciones generales de la contratación se expone, como ha señalado el titular en **JM Mercantil 2 de Las Palmas en numerosos litigios habidos ya, v.gr. sentencia de fecha 16 de junio de 2014, ordinario 271/13 y más recientes como la de ordinario 241/14 de 23 de julio de 2015** que:

Conforme al **art 1 LCGC** las condiciones generales son 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, previendo 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.

El *TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013* desarrolla los requisitos de las condiciones generales de la contratación (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad, resultando irrelevante la autoría material y que el adherente sea profesional o consumidor), y en la de 5 de julio de 1997 define el contrato de adhesión como aquel cuya esencia y cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, pudiendo únicamente aceptar o no, de modo que manteniéndose la libertad de contratar (celebrar o no el contrato) no se mantiene la libertad contractual (establecer las cláusulas que acepten mutuamente).

La falta de negociación individual no supone ilicitud. La imposición de CG por el empresario es un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa (sea con otro empresario o con un consumidor), diferenciado de la contratación por negociación ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados, con un régimen y presupuesto causal propio. La calificación como contrato de adhesión no implica nulidad, pero debe cumplir los requisitos de incorporación al contrato, y en caso de contratación con consumidores, debe acudirse además a la regulación complementaria del TRLDCEU respecto a las cláusulas no negociadas individualmente entre empresarios y consumidores.

Los argumentos de la *STS de 9-5-13* respecto la naturaleza de la condición general (a propósito de la cláusula suelo).

a) Siempre que cumplan los requisitos indicados (relativos al proceso de inclusión, redacción y negociación y no estar entre los supuestos del art 4) las CG no excluyen aquellas que se refieran al objeto principal, y su conocimiento no implica negociación, es decir se rechaza expresamente la equiparación entre desconocimiento e imposición de la CG, siendo el previo conocimiento requisito para la misma incorporación al contrato y la existencia de éste.

b) La cláusula prerredactada se considera impuesta cuando no ha habido posibilidad real de negociación por el consumidor medio en orden a la individualización del contrato, no siendo exigible ni siquiera una conducta activa negociadora del mismo que se vea rechazada, resultando irrelevante la existencia de una pluralidad de ofertas (todas sometidas a condiciones generales) sean del mismo o de distintos empresarios. En este mismo sentido considera la *SAP Madrid, sección 28ª, de 26-7-13* irrelevante la aportación por la entidad bancaria de otros contratos donde no figure la cláusula suelo o se prevean alternativas.

c) Se trata de una imposición del contenido, no del contrato; no se obliga a contratar, pero en la contratación de servicios bancarios o financieros, en particular en la utilización de cláusulas limitativas a la variación de los intereses, la capacidad real de comparación de ofertas es reducida para el consumidor medio (al que se refiere la STS como "cliente cautivo"). Se considera un hecho notorio que determinados productos, tanto la oferta como el precio o contraprestación están absolutamente predeterminados, debiendo quien los pretenda acatar la condiciones impuestas o renunciar a contratar ("take it or leave it").

d) La prueba en contra (es decir, la de la negociación real y de no ser una cláusula destinada a ser impuesta) incumbe al empresario, ya por aplicación del criterio del *art 82.2 TRLCU cuando se trata de contrato con consumidor (dado que no existe norma específica al respecto en la LCGC), ya por las reglas generales del art 217 LEC* al ser imposible o diabólica la prueba del hecho negativo que es la ausencia de negociación.

1) NULIDAD DE CLAUSULA SUELO Y DEVOLUCION DE CANTIDADES.

Los hechos de la demanda se circunscriben esencialmente en que se concertó préstamo en fecha de 18 de junio de 2017, por importe de 250.000 euros con un suelo del 4,10 % y un techo del 20%. Que se ha intentado solución extrajudicial del asunto sin que se haya obtenido respuesta por parte del banco. En la contestación de la demanda, señala que se reclama desde el año 2013 y que las mismas fueron negociadas con los actores. Que se entregó oferta vinculante 7 días antes de la firma de la escritura. Que existe un silencio del actor desde el año 2009.

La prueba practicada (incumbiendo la prueba contraria a la entidad bancaria) no ha desvirtuado la prerredacción unilateral de la cláusula por la entidad demandada con el propósito de incorporarla a una pluralidad de contratos sin negociación individual en los términos indicados.

De hecho en la esencia de la contestación se trasluce que lo que se discute es el carácter

abusivo de las estipulaciones y no naturaleza de condición general de las cláusulas.

El punto esencial de debate es que conforme al **artículo 217 de la LEC**, no quedan probada por la parte demandada que se le ofrecieran al cliente diferentes opciones de negociación del citado préstamo hipotecario, de hecho faltan por aportar documentales relativas a la realización de diversas opciones de negociación en escenarios complejos para la aplicación de las citadas opciones de intereses, siendo por ello que la prueba aportada por la actora es más que suficiente para emitir un juicio positivo de abusividad de las mismas, no siendo plausible señalar como motivo de desestimación que la reclamación de la actora se produzca en el año 2013.

Nos encontramos así ante condiciones generales en un contrato con un consumidor, lo que abre la vía al control de abusividad por infracción de la normativa protectora de consumidores y usuarios (*art 8.2 Ley 7/98 de condiciones Generales de la contratación*) respecto de la regulación normativa del contrato.

En el caso de que la condición hubiera sido consentida por afectar al contenido económico (las definitorias de los denominados elementos esenciales del contrato, en atención a los cuales el consumidor decide contratar), la posibilidad (por la vía del artículo 8) de controlar su contenido, pese a que las *SSTS 401 y 861 de 2010* apuntaron esta posibilidad más o menos obiter dicta, entiende la *STS de 9-5-2013* que fue cegada por la *STS 406/2012*.

Sobre la nulidad de estas cláusulas, derivada de acciones individuales de nulidad o colectivas de cesación, han existido resoluciones contradictorias en la última doctrina judicial que se plasman con claridad en *SJM 2 Sevilla 30/09/2010* y en la *SAP Sevilla 07/10/2011* – que serán los antecedentes de la *sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013* - que estima el recurso de apelación frente a la primera sentencia indicada. En resumen, siguiendo lo indicado en la *STS 09/05/2013*, la *SJM 2 Sevilla* estimó que las denominadas "cláusulas suelo" existentes en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados por las demandadas con los consumidores, debían considerarse condiciones generales integradas en una pluralidad de contratos, elaboradas de forma unilateral y previa por el predisponente operador bancario y, atendido el desfase en relación con las "cláusulas techo", las declaró abusivas y condenó a las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación, debiendo abstenerse a utilizarlas en lo sucesivo. Por su parte la mencionada sentencia de la *AP Sevilla* rechazó que las cláusulas suelo y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas porque entendió que: a) las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación, por ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; b) no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; c) no tener carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.

La doctrina judicial seguida en la citada sentencia del *JM 2 Sevilla* se manifiesta igualmente en otras resoluciones como la *SJM 1 León 11/03/2011* o la *SJM Cáceres 18/10/2011*. Por su parte, la doctrina seguida por la citada sentencia *AP Sevilla* se ha manifestado en otras resoluciones como la *SAP Madrid 13/07/2012*.

La reciente *sentencia del Tribunal Supremo 09/05/2013*, que estima el recurso de casación frente a la *SAP Sevilla 07/10/2011*, resuelve la cuestión planteada en términos no coincidentes con ninguna de las resoluciones anteriores, para considerar finalmente la validez y la posibilidad de control judicial del carácter abusivo de las cláusulas suelo, incorporadas a contratos bancarios de préstamo a consumidores con garantía hipotecaria y a interés variable celebrados con consumidores y usuarios. Y ello en las concretas condiciones previstas en la citada sentencia que pasamos a analizar.

La STS parte de la inicial premisa de que no se cuestione por la partes de aquel procedimiento que las cláusulas allí analizadas son cláusulas predispuestas destinadas a ser incluidas en una pluralidad de contratos.

Estamos pues ante condiciones generales de la contratación en los términos descritos en el art. 1 LCGC que establece 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» (art. 1.1 LCGC; en su desarrollo, *STS 1ª Pleno 241/2013, 9.5, Ausbanc . BBVA y otros*, § 136-138 y 144).

Sobre el requisito de **la imposición**, son cláusulas impuestas las que no se han «negociado individualmente» (art. 1.2 LCGC). Más precisamente, «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión» (art. 3.2 Directiva 93/13/CEE). «El artículo 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13 » (*STS 1ª cit. 241/2013, § 147*). «Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo» (*STS 1ª 241/2013, § 151*). Y se concluye: «La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar» (*STS 1ª 241/2013, § 165 a*); sin que la imposición se reduzca al caso del desconocimiento del contenido (*STS 1ª 241/2013, § 143*). La imposición no significa forzar el consentimiento contractual del destinatario. La imposición significa solamente que si el adherente quiere el contrato, lo tiene que querer, necesariamente, con un contenido predispuesto. No forma parte de la definición legal la consideración de si el adherente dispone o no de alternativas razonables a la de contratar bajo las condiciones impuestas, o no contratar.

Pues bien, se ha discutido la condición de consumidor del demandante y el artículo 82.2 II LCyU dispone: «El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada

individualmente, asumirá la carga de la prueba». Esta atribución de la carga de la prueba también se justifica en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, en los antecedentes legislativos de la LCGC y en que la demostración de la ausencia de negociación es un hecho negativo que sería una prueba diabólica para el consumidor (STS 1ª 241/2013 , § 160-164 y 165 d)).

El TS considera que no es obstáculo a esta consideración de condiciones generales de la contratación de las indicadas cláusulas suelo el que la condición se refiera a un elemento principal del contrato, como es el precio así en el apartado 142 de la STS se recoge que "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"

Así la STS de 9 de mayo de 2013 realiza una serie de valoraciones sobre imposición de la cláusula y negociación de la misma en orden a razonar la posibilidad de analizar la abusividad de las mismas, plenamente aplicables al supuesto que estamos analizando, y en los siguientes términos; "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."

En relación al hecho de que el contrato se enmarque en sectores específicamente regulados por el ordenamiento jurídico, tal y como ocurre en el presente caso, la STS considera que ello no impide el control de su carácter abusivo en los siguientes términos " Debe ratificarse lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que "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 esta litis".

El artículo 5 LCGC sobre los « Requisitos de incorporación » prescribe en su primer apartado: «Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se *acepte* por el adherente su incorporación al mismo y sea *firmado* por todos los contratantes. Todo

contrato deberá hacer *referencia* a las condiciones generales incorporadas. [] No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya *informado* expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya *facilitado* un ejemplar de las mismas». En negativo, el artículo 7 LCGC sobre « No incorporación » declara: «No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5». En el ámbito del consumo , el artículo 80.1 LCyU establece: «1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) [Formulación transparente] Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido».

En su desarrollo normativo , «la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja» (*STS 1ª cit. 241/2013* , § 198). En abstracto, «la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor» (*STS 1ª 241/2013* , § 202). En relación con la *cláusula controvertida* , «las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC» (*STS 1ª 241/2013* , § 203). Aclaramos que el préstamo se concedió conforme a la regulación anterior a las hoy vigentes Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y *artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo* , de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

El control de transparencia emplea un «parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", [y] cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato

tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la *carga económica* que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la *carga jurídica* del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (*STS 1ª 241/2013* , § 210, citando la *STS 1ª 406/2012*, 18.6).

Y en relación a ello considera que las concretas cláusulas que se analizaban en la *STS 1ª 241/2013* no superan este segundo control de transparencia por las siguientes razones;

- 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) Se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

En relación a este punto indica la STS que estas cláusulas "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."

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

Vista la regulación contenida en la reciente STS, aplicado al caso concreto entiendo que no se produjeron los diversos escenarios de fluctuación de los mismos a los efectos de su comprensión resultando de lo anterior que se desprende que la cláusula suelo allí establecida no supera el control de transparencia establecido en la comentada STS y, por lo tanto, procede la declaración de su nulidad. Y lo anterior se afirma ya que la cláusula suelo impugnada se incluye en entre una pléyades de datos entre los que queda enmascarada y que diluyen la atención del consumidor más aun cuando las cláusulas que le preceden resultan

ser referidas a definiciones, interés sustitutivo...que se han venido desarrollando durante los tres folios anteriores que hacen muy difícil comprender la realidad de la referida condición dado la subordinación conceptual en la que se inserta, sin que exista expresa constatación tipográfica más allá de la negrita y subrayado del tipo de interés, por lo que resulta razonable pensar que la referencia al límite de variación de tipos de interés paso desapercibido sin que el actor tomara real consciencia de los extremos referidos por la escritura .En palabras del TS que la cláusula "se encuentra enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro". De tal forma que, además, su referencia con un techo aumento la distorsión en cuanto al significado de la misma.

Al margen de lo anterior, tampoco se cumplen en caso de autos el resto de requisitos previstos por la comentada STS para considerar que la cláusula es transparente, y, por tanto, lícita, así:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- c) 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.

Aplicando la doctrina general anterior a las cláusulas suelo, la STS *STS 1ª 241/2013* «263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas - contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo, carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. ". 264. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, [...] dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza» (*STS 1ª 241/2013*, § 263-264). Sin que "el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo no la convierte en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor, ya que, como hemos indicado, la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia» (Auto de aclaración 3.6.2013, § 18). En base a lo anterior, y siendo que la cláusula impugnada en el presente procedimiento, no supera el requisitos de transparencia precisos para la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, debe estimarse la demanda en este punto, declarando, la nulidad de la referida estipulación. Por aplicación del régimen ordinario de nulidad de las condiciones generales

(STS 1ª 241/2013, § 266-267) y de las cláusulas abusivas (STS 1ª 241/2013 , § 268-269). En consecuencia, la *nulidad de la condición general* (art. 8.1 LCGC; reiterando arts. 6.3 y 1255 CC), tiene por el artículo 9 LCGC el siguiente «Régimen aplicable»: «1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual. 2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil ». En el mismo sentido, el artículo 10.1 LCGC: «La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia». Para el caso de *nulidad de cláusulas abusivas*, el artículo 83 LCyU declara: «1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. [...] Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato».

Si bien manteniendo el contenido del resto del contrato dado la imposibilidad de integrar el contenido del contrato TJUE 14.6.2012. La consecuencia de eliminar la cláusula será, en su caso, la supresión sin reemplazo por otro contenido contractual o la eventual aplicación del Derecho dispositivo o legal supletorio pero manteniendo el resto del contrato. Como hemos indicado las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato -de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-. También hemos indicado que no cabe identificar 'objeto principal' con 'elemento esencial' y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa".

Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia.

Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones: a) Procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas en la forma y modo en la que se utilizan. b) Igualmente procede condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan. c) Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas».

En cuanto a la devolución de cantidades deberá estarse a la reciente doctrina del TJCE de 21 de diciembre de 2016 a la firma de la citada escritura.

CUARTO.- En cuanto a las costas, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Siendo la estimación íntegra de la demanda procede condenar a la

parte demandada al pago de las mismas.

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

FALLO

ESTIMO SUSTANCIALMENTE LA DEMANDA presentada a instancia de
Y DOÑA

contra **CREDIFIMO** declarando *la nulidad de pleno derecho por abusiva de la cláusula Tercera Bis del contrato concertado por las partes en fecha 18 de junio de 2007 consistente en Cláusula Suelo, con todos los efectos inherentes a la declaración de nulidad y a estar y pasar por dicha declaración* condenando a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula, incorporada al contrato de préstamo hipotecario objeto de la presente litis, dejándolo a interés variable, condenando a la entidad demandada a devolver las cantidades, que se hayan cobrado de más por la aplicación de la cláusula nula más el interés legal desde el 18 de junio de 2007 hasta la presentación de la presente demanda, y en su momento sean aumentados conforme el art. 576 de la LEC, condenando a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la “cláusula suelo” declarada nula, los cuadros de amortización de los préstamos hipotecarios a interés variable concertado con la demandante, contabilizando el capital que debió ser amortizado, en la cuantía que se liquide posteriormente, con imposición de costas a la demandada.

Notifíquese a las partes la presente resolución haciéndoles saber que esta resolución **no es firme** y contra ella podrá interponerse **recurso de Apelación** que se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados a partir del día siguiente la de la notificación de la presente resolución, debiendo en todo caso la parte que cumplir lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LO 1/2009 de 3 de noviembre conforme a lo apartados 2, 3.b) respecto del depósito para recurrir en los términos y con las prevenciones contenidas en los apartados 6 y ss de la referida disposición.

LÍBRESE TESTIMONIO de la presente resolución para su unión a los autos de que dimana, publicándose la original en el Libro de sentencias y Autos definitivos de este Juzgado.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACION en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 4345-0000-04-0311-15 de esta Oficina Judicial de la cuenta general de Depósitos y Consignaciones abierta en BANCO DE SANTANDER.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 4345-0000-04-0311-15

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido (L.O. 1/2009 Disposición Adicional 15).

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

PUBLICACIÓN: En la fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.