

Roj: **SJPI 38/2013** - ECLI: **ES:JPI:2013:38**Id Cendoj: **32054420042013100004**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Ourense**Sección: **4**Fecha: **21/05/2013**Nº de Recurso: **85/2013**Nº de Resolución: **106/2013**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **EVA MARIA MARTINEZ GALLEGO**Tipo de Resolución: **Sentencia****XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4****OURENSE****SENTENCIA: 00106/2013**

ORDINARIO 85/13

MERCANTIL

SENTENCIA

En Orense, a 21 de mayo de 2013.

Vistos por mí, Eva María Martínez Gallego, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4, con competencia mercantil de Orense, los presentes autos del **JUICIO ORDINARIO** registrados con el número de 85/13, seguidos ante este Juzgado entre partes, de un lado, como parte demandante, **D. Jesús Ángel y DOÑA Lorena** representados por el Procurador Sr. José Antonio Roma Pérez y asistidos por el letrado Sr. Pablo Arce Nogueiras contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A** representado por Doña María Gloria Sánchez Izquierdo y asistido del letrado Don Jorge Capel Navarro, ha dictado la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Procurador Sr. José Antonio Roma Pérez en nombre y representación de los actores ya referenciados se presentó demanda de juicio ordinario con fecha 21 de diciembre de 2013 en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando la condena de lo consignado en el suplico de su demanda. Por Diligencia de Ordenación habiéndose apreciado un defecto formal al no acreditarse la representación por el procurador, de acuerdo con el art. 231 LEC se acordó incoar el presente procedimiento y requerir al actor para que en el plazo de cinco días procediera a su subsanación; requerimiento atendido en fecha 31 de enero de 2013. Admitida a trámite por Decreto de fecha 4 de febrero de 2013, se confirió traslado a la entidad demandada a fin de que contestara dentro del plazo de veinte días, si le convenía.

SEGUNDO.- Por la representación en autos de la entidad demandada, se pasó a contestar a la demanda en fecha 12 de marzo de 2013 en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando la desestimación de la demanda, con costas para la actora.

TERCERO .- Convocadas las partes a la celebración de la Audiencia Previa que tuvo lugar el día 17 de abril de 2013, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos; y habiendo planteado la parte demandada en su contestación a la demanda excepción procesal de litispendencia, en base a los argumentos que figuran en su escrito; por la representación procesal de la parte actora se opuso a la estimación de la

excepción formulada por la adversa, al entender que cercena la tutela judicial efectiva de sus patrocinados; por su S.Sª se desestimó la existencia de litispendencia, formulando recurso de reposición la parte demandada.



Evacuando el correspondiente traslado a la parte actora se resolvió en igual sentido de forma verbal, sin perjuicio de la documentación escrita de dicha resolución en Auto dictado en fecha a 17 de abril de 2013 se dictó por este Juzgado Auto desestimando la excepción procesal de litispendencia, dejando constancia expresa de la protesta que efectúa la parte demanda a efectos de ulterior apelación.

CUARTO .- En la citada Audiencia Previa, y no existiendo acuerdo entre las partes para poner fin al litigio, se procedió por las partes a la proposición de prueba, la parte actora propuso documental y la parte demandada interrogatorio, documental y testifical. Por su SSª se declaran pertinentes los medios de prueba. Por la parte demandada se propone interrogatorio de la actora, documental, más documental y testifical, declarándose pertinentes, señalándose el día 15 de mayo de 2013 para la celebración de la vista.

QUINTO.- Con fecha 13 de mayo de 2013 por la demandada se presenta escrito de renuncia a las testificales propuestas como prueba y se solicita se deja sin efecto el señalamiento previsto y se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, quedando pendiente de dictar sentencia.

SEXTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente caso, la parte actora reclama que se declare:

1.- la nulidad de una de las **cláusulas** del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes; en concreto la novena del contrato celebrado entre **D. Jesús Ángel y DOÑA Lorena** con la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A, en fecha 6 de mayo de 2005, relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés, variable ("**cláusula suelo**"), alegando que se trata de una condición general, y que tiene el carácter de abusiva, y que se condene a la demandada a eliminar dicha **cláusula** del contrato suscrito entre éstos, así como a la devolución de cuantas cantidades haya cobrado de más en aplicación de la misma, más los intereses legales desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción, condenando igualmente a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la **cláusula suelo**, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario a interés variable suscrito con los demandantes, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado. Todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales.

Señalan que en dicho contrato consta que tipo de interés nominal era del 2'75% anual hasta el 4 de mayo de 2008 y a

2

partir de esa fecha Euribor más 0'75% (folio 34 vuelto del procedimiento) y que sin embargo, en el punto 7, al folio 37 se incorpora *LIMITE A LA VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE* con el siguiente texto:

"No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3'25% "

Se solicita así la nulidad de la referida **cláusula**, pues la parte demandante estima que dicha **cláusula suelo** claramente impide a los clientes de la entidad bancaria beneficiarse de las fluctuaciones a la baja del tipo variable pactado, siendo una **cláusula** predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos de manera exclusiva por la entidad, causando un desequilibrio injustificado de las obligaciones contractuales en detrimento de los consumidores, aquí actores. Al tiempo, alega que en ningún caso, dicha **cláusula** fue objeto de negociación por las partes contratantes ni tan siquiera se informó a éstos de su inclusión en el contrato por parte de la entidad demanda, dejando inoperante la variabilidad del índice realmente pactado por los clientes, máxime cuando no se ha fijado techo de tipo de interés.

2.- Solicita igualmente la nulidad del contrato de permuta financiera suscrito entre las partes en fecha 7 de agosto de

2007, y ello al invocar que mediando engaño y con verdadera mala fe, la entidad bancaria consiguió que los actores contratasen un nuevo producto financiero ofertado por su personal y por su asesoramiento, recomendación e insistencia. Y ello creyendo los actores que contrataban un seguro de cobertura de tipos de interés para proteger y dar cobertura frente a las subidas de tipos de interés (documento nº 2 que obra al folio 47 del procedimiento). Se alega que respecto de dicho contrato no se informó a los actores, siendo un producto que sólo podía perjudicar a los actores y ello conociendo la entidad bancaria la previsión de la evolución de los tipos de interés. Se señala así que dicho contrato de permuta financiera ha devengado las siguientes liquidaciones:

- A favor de los actores desde el día 6 de mayo de 2008 hasta el día 6 de mayo de 2009, 40'91 euros.



- En contra de los actores desde el día 6 de mayo de 2008 hasta el día 6 de mayo de 2010, 5.702'62 euros, y ello de conformidad con el documento nº 3 que obra al folio 48 del procedimiento.

Por su parte, la entidad bancaria demandada BANCOPOPULAR ESPAÑOL S.A se opone a la solicitud efectuada decontrario .

1.- Alega en primer término respecto de la primera pretensión de nulidad que la **cláusula** no tiene la consideración de condición general, y por tanto no puede ser abusiva, puesto que fue conocida y expresamente aceptada por los demandantes, pues no existen discrepancias entre las ofertas vinculantes y los préstamos firmados de conformidad con las advertencias que señala el Fedatario interviniente (que, por lo demás, pudo acudir a otra entidad, siendo muy amplia la oferta de préstamos existente en el mercado), en

3

atención a las circunstancias particulares del caso, y no fue, por tanto, impuesta unilateralmente por la demandada.

Al tiempo señala que dicha **cláusula suelo** fue negociada con anterioridad, manifestando los actores su conformidad con la misma ante el fedatario público y ello alegando en prueba de ello el mismo folio 37 del procedimiento donde consta expresamente que el límite a la variación del tipo de interés aplicable se acuerda y pacta expresamente por ambas partes.

Asimismo, entienden en virtud de las alegaciones que efectúan, que dicha **cláusula** en general, confiere estabilidad al mercado financiero, y en tal sentido es beneficiosa tanto para el acreedor (entidad bancaria) como para el deudor (consumidor), puesto que protege un interés público. Pretende el fin legítimo de permitir a la entidad bancaria la recuperación de los costes invertidos para poder ofrecer el producto en las condiciones en que lo hace, y ello beneficia también al consumidor que acude a solicitar el crédito, puesto que le permite obtenerlo en mejores condiciones. En este sentido remite al informe elaborado por el Banco de España al hilo de una moción presentada en el Senado, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 7 de mayo de 2010 (documento nº 21 que obra en el CD unido al folio del procedimiento, folio 168). La demandada alega, además, que, en el caso concreto, no existe el pretendido desequilibrio entre las prestaciones de las partes, ya que el límite mínimo establecido es de los más moderados del mercado, al margen de la posibilidad que tiene el consumidor al amparo de la Ley

2/1994, de 30 de marzo de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, de subrogar a otra entidad financiera en los préstamos hipotecarios a su sola voluntad, desligándose así del contrato cuya **cláusula** se estima ahora abusiva.

Se esgrime al tiempo como alegación, que la parte actora con argumento de la abusividad invocado lo que pretende realmente es modificar una de las condiciones financieras del préstamo manteniendo el resto.

Consideran que dicha **cláusula** no es una condición general, sino un pacto financiero al establecer límites mínimos y máximos, no siendo una **cláusula** predispuesta de conformidad con lo establecido en el art. 1 de la Ley de condición Generales de la Contratación que debe interpretarse en relación a la "imposición" con el art. 3.2 de la Directiva

93/13/CEE del Consejo sobre **cláusulas** abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Así las cosas, dicha **cláusula** estaría exenta de ser sometida a control jurisdiccional por ser abusiva, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13 , al referirse a un elemento esencial del contrato, el precio, y contribuir a la determinación del mismo, tal y como ya puso de manifiesto el informe del Banco de España, antes citado. Invoca, en último lugar, que no existe ninguna desproporción ni desequilibrio económico que justifique la nulidad del establecimiento de límites a la variabilidad del tipo de interés y ello si se parte, alega, de los parámetros que son correctos a su juicio, éste es, la duración del contrato, la imprevisible evolución de los tipos de interés hacia el futuro y la evolución en el pasado de los tipos de interés en un periodo temporal equivalente al de

4

duración del préstamo hipotecario. Por todo lo anterior solicitan la desestimación íntegra de la demanda con expresa imposición de las costas procesales.

2.- Respecto del contrato de permuta financiera cuya nulidad se pretende por existencia de error en la prestación del consentimiento de los actores se alega que es de aplicación el principio de conservación del contrato, siendo la nulidad una medida excepcional. Así, estiman que los vicios del consentimiento sólo pueden apreciarse si existe una prueba cumplida de la existencia y realidad de los mismos, hecho que no sucede en el presente caso, pues no existe esencialidad en el error alegado por la parte actora, pues se señala que



la entidad bancaria informó adecuadamente al actor sobre las características del producto y del riesgo a él inherente, consistente en la posibilidad de recibir del Banco menor cantidad de la que el cliente tuviera que pagar al Banco, en prueba de ello invoca el contenido de la condición particular

3ª. Se alega igualmente que la acción de anulabilidad quedó extinguida al no formular queja tras la liquidación positiva. Finalmente se invoca que caso de existir error, éste sería vencible e inexcusable pues podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias. De este modo, habiendo cumplido la entidad bancaria con las normas aplicables en materia de información debe desestimarse dicha pretensión.

SEGUNDO.- Analizaremos, **en primer lugar, la reclamación tendente a obtener la declaración de nulidad de la cláusula contractual a que se refiere la controversia en la escritura de préstamo hipotecario suscrito en fecha 6 de mayo de 2005** cuya existencia y contenido no ha sido negada por ninguna de las partes, por lo que debe aplicarse, respecto de tal extremo, lo dispuesto por el art. 281.3 LEC . Dicha reclamación se basa en el art. 8 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. El mencionado precepto dispone, en su apartado 1, que "serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". El apartado 2 establece que "en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". La referencia debe entenderse hecha al RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, a partir del 1 de diciembre de 2007 (fecha en que entró en vigor), que sustituye y deroga a la mencionada ley.

Como ya hemos visto, se discute, en primer lugar, si la cláusula controvertida posee el carácter de condición general de la contratación, y en concreto si fue impuesta por la entidad bancaria . Ello es presupuesto necesario de su posible consideración como abusiva. Conforme al art. 1.1 de la Ley

7/98 , " son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la

5

autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos " .

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

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

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

Pues bien, a partir de tal situación, que no prohíbe, sin más, nuestro ordenamiento, como hemos visto, se configuran diversos mecanismos de especial protección para el adherente, precisamente para compensar o corregir la situación de inferioridad en que se encuentra frente al predisponente, y evitar que éste se



aproveche, injustamente, de tal situación. Así lo indica la Exposición de Motivos de la Ley 7/98, que señala que " *la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la*

6

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

TERCERO.- Se ha de reseñar por otra parte y ya en el caso concreto que nos ocupa que de la valoración del contrato de préstamo hipotecario (documento 1 de la demanda, al folio 23 y ss) respecto del cual se insta la nulidad de la estipulación 7 que obra al folio 37), se verifica sin ningún género de dudas

-además de no ser un hecho controvertido entre las partes- que se establece exclusivamente un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, de modo que, el impacto de estas **cláusulas** es que se impone al usuario un tipo mínimo de interés fijo cuando los tipos de referencia estén, por una vía o por otra, por debajo de determinados umbrales. Así, la condición general de contratación que es objeto de la presente demanda -cada una en su respectivo contrato-, representan esas dos vías de imposición de un tipo mínimo de interés puesto que, en la primera vía, directamente se establece que el tipo mínimo es 3'25%.

De este modo, mediante este tipo de **cláusulas**, se trata de imponer por el predisponente tipos mínimos de interés como se acaba de explicar, y que, aunque esos tipos mínimos pueden estar entre el 3'25% u otro porcentaje, no se trata con esta demanda de que se considere abusivo un determinado porcentaje de tipo de interés mínimo, sino que además dicho contrato carece de techo alguno proporcional, elemento que habrá que tener éstos también en cuenta a la hora de declarar la nulidad de la **cláusula** y sus consecuencias jurídicas, pues son a todas luces unos porcentajes absolutamente irreales, máxime cuando es un hecho notorio (a cuya valoración luego nos referiremos) que no consta acotación alguna al alza (**cláusulas** techo).

CUARTO.- Para la resolución de la presente cuestión debemos estar a lo señalado por el **Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de fecha 9 de mayo de 2013** cuyos siguientes razonamientos sólo podemos compartir y ello porque en el caso que nos ocupa se ha de tener en cuenta que: No puede cuestionarse a priori que las **cláusulas** controvertidas tengan carácter contractual y que su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores es facultativa. Así lo evidencia la realidad explicitada -no en todos los préstamos hipotecarios se utilizan **cláusulas** de estabilización del tipo de interés- y no se ha alegado la existencia de normativa que exija que en los préstamos hipotecarios deban pactarse tipos de interés variable ni que exista una norma que indique cual es la concreta fórmula que debe utilizarse en el caso de que se opte por esta modalidad de préstamo.

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

7

que en su aplicación práctica se concretan en ofertas "irrevocables", destinadas por las prestamistas a ser incluidas en una pluralidad de contratos. Ahora bien, se hace preciso examinar si los pactos que definen el objeto principal de los contratos pueden tener la consideración de condiciones generales. A este respecto y tal y como afirma la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo en su valoración en relación a los requisitos de las condiciones generales, se ha de tener en cuenta que el apartado 1 del artículo 1 LCGC dispone que "son condiciones generales de la contratación las **cláusulas** predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

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

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

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



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

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

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

- a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y
- b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que *"la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual"*, y que *"[l]as condiciones generales de la*

8

contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

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

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

Pese a todo, y siguiendo a la Sala, la aplicación de las reglas de reequilibrio contenidas en la LCGC no se extiende a todo tipo de contratos, ya que, como afirma la referida Exposición de Motivos *"desde el punto de vista objetivo se excluyen ciertos contratos que por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienidad de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley"*. Pero si se trata de contratos sujetos a la norma especial, a diferencia de otros ordenamientos, no se excluyen aquellas **cláusulas** o condiciones definitorias del "objeto principal", por lo que no hay base para el planteamiento alternativo que hace la sentencia recurrida.

Así las cosas, en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de

9

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
intereses económicos
procedimientos eficaces
de los mismos".

"los

legítimos

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

De todo lo expuesto sólo es posible concluir que:

- a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una **cláusula** contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.
- b) El conocimiento de una **cláusula** -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.
- c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

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

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

10

cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

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

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

A este respecto, es cierto que, como apunta la citada STS

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

Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo. Y ello máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación

11

para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un "cliente cautivo" por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con "sus" bancos que minoran su capacidad real de elección.

En este punto sólo podemos hacer nuestras las palabras del Pleno del Tribunal Supremo en relación a la prueba de los hechos notorios cuando afirma que "El sistema, ante los insostenibles costes que pudiera provocar la desconexión entre la "verdad procesal" y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica *notoria non egent probatione* [el hecho notorio no precisa prueba], a la que se refieren las SSTS

95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003; 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004, y 706/2010, de 18 de noviembre, RC

886/2007, dispone en el artículo 281.4 LEC que "[n]o será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general" .

La norma no define qué debe entenderse por "notoriedad absoluta y general" y tal requisito ha sido interpretado con cierto rigor -la STS 57/1998, de 4 de febrero; RC 269/1994, afirma que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso "[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta" . Pero es lo cierto que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento "general y absoluto" por todos los miembros de la comunidad. Por ello, se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho - límite temporal-, entre los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan -ámbito de la difusión del conocimiento-, en la que se desarrolla el litigio -límite espacial-, con la lógica consecuencia de que en tal caso, como sostiene la STS 62/2009, de 11 de febrero, RC 1528/2003, quedan exentos de prueba".

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

Entre ellos, como se ha indicado, se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados -el IC

2000 afirma que "[...] los servicios financieros son grandes «consumidores» de **cláusulas** contractuales" , y, de hecho, la citada OM de 1994 parte de que el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones

generales predisuestas e impuestas. De ahí que imponga determinados deberes de información a los prestamistas y al

12

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

En idéntico sentido el IBE afirma de forma expresiva en el apartado 3.1. -utilización de **cláusulas** limitativas a la variación- lo siguiente: "[u]n análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de **cláusulas** es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas **cláusulas** se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente [...] En definitiva, la aplicación de estas **cláusulas** obedece a decisiones individuales de cada entidad".

Sentado lo anterior se ha de tener en cuenta lo señalado en relación a la carga de la prueba de la negociación de las **cláusulas** predisuestas por la STS de 9 de mayo de 2013 cuando afirma que "aunque la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las **cláusulas** predisuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las **cláusulas** abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2

TRLUCU dispone que "[e]l empresario que afirme que una determinada **cláusula** ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"- a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE "[e]l profesional que afirme que una **cláusula** tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba"- en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla. Así lo evidencia la génesis de la norma. El apartado 3 del artículo 1 del Proyecto de LCGC coincidía literalmente con la previsión transcrita. El apartado fue suprimido del texto aprobado por la Comisión de Justicia e Interior con Competencia Legislativa Plena y por el procedimiento de urgencia, al asumir el informe emitido por la Ponencia que propuso la incorporación de las enmiendas 17 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y 77 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), ambas de supresión, que, en términos prácticamente idénticos, justificaron la supresión en que tal regla, según la cual la empresa que afirme que una **cláusula** ha sido objeto de negociación individual asume la carga de la prueba. Ya aparecía en el propio Proyecto como parte del nuevo artículo 10 bis de la Ley 26/1984, lo que constituía "una regla aceptable en la relación empresa-

13

consumidor, supuesto que quedaría cubierto con este artículo 10 bis, pero que no se justifica en el caso de contratación entre empresas o profesionales", ya que la regla derivaba de la Directiva 93/13/CEE y el ámbito de esta se circunscribía a los contratos con consumidores".

De este modo, "si bien cuando se trata de la acción de cesación no es posible la aplicación directa del artículo 82.2

TRLUCU -ya que no existe un consumidor concreto con el que se haya negociado o al que se haya impuesto la condición general-

, demostrado que determinadas **cláusulas** se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer **cláusulas** que después pueden ser negociadas de forma individualizada, se permite tener por acreditado que las **cláusulas** impugnadas tienen la consideración de **cláusulas** destinadas a ser impuestas, de tal forma que, en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario. Máxime cuando la



acción de cesación tiene por objeto **cláusulas** ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente.

Y esta regla no hay que olvidar que se reitera en el artículo 32 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de octubre de 2008 sobre derechos de los consumidores dispone que "[s]i el comerciante afirma que una **cláusula** contractual se ha negociado individualmente, asumirá la carga de la prueba".

Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-

, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, RC

93/2009, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva.

Por todo lo anterior, sólo cabe concluir que:

a) La prestación del consentimiento a una **cláusula** predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha **cláusula** o debe renunciar a contratar.

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.

14

d) La carga de la prueba de que una **cláusula** prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

A ello se ha de añadir que la imposición de **cláusulas** o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS

99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que "la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad".

Así las cosas, se verifica la existencia de un *deber de información* que se extiende a una fase precontractual para asegurar en los términos que expone la propia Orden Ministerial anteriormente señalada una mayor capacidad de elección por parte del consumidor. Sin embargo ello no implica que en ejecución de las obligaciones formales establecidas en la OM se despliegue una verdadera fase de negociación entre entidad financiera y consumidor tendente a la inclusión o no de determinadas **cláusulas**, salvo supuestos excepcionales determinados por el perfil de cliente. Es más, tal como resulta de la propia orden las **cláusulas** del tenor de la aquí examinada son prerredactadas en todo caso por la entidad financiera que posteriormente la incorpora primero a la oferta vinculante a la que se refiere el art 5 y posteriormente a la escritura del préstamo, cuyo contenido presume la norma ha de coincidir con la oferta vinculante hasta el punto de imponer el art 7 la obligación de informar al cliente de cualquier divergencia entre uno y otro documento, en lo afectante a las **cláusulas** financieras. Desprendiéndose de la propia norma que estamos ante **cláusulas** prerredactadas corresponde al predisponente acreditar que la **cláusula** ha sido objeto de negociación individual y desde luego de la aplicación de la OM se llega a la conclusión contraria, pues como señalaba en su supuesto semejante la Sentencia del juzgado Mercantil de León de 11 de Marzo de 2011, precisamente presupone que las citadas son redactadas previamente por la propia entidad financiera. Es más, no está de más recordar que la OM 1994 también se refiere a las **cláusulas** de redondeo, respecto de las que el tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones considerando que se trataría de una condición general de la contratación (por todas Sentencias de 20 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011).



En el hecho controvertido en este procedimiento , se estima acreditado efectivamente la existencia de un contrato de préstamo hipotecario en el que no se establecen **cláusulas** de limitación de la variación del interés pues fija límites

15

mínimos muy similares y ningún máximos, hecho solo puede permitir considerar que la **cláusula** contenida en la condición novena ha sido incorporada a una pluralidad indeterminada de contratos, *suficiente para considerar que nos encontramos ante una condición general de la contratación* . Y ello aunque la entidad bancaria sostenga que, incluso si las **cláusulas** controvertidas se califican como condiciones generales de la contratación no deben someterse a la LCGC, y ello porque las denominadas **cláusulas "suelo"** de los préstamos hipotecarios están admitidas y reguladas expresamente en las siguientes disposiciones legales:

a) la OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, modificada por la OM de 12 de junio de 2010, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, dictada en desarrollo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, y conforme a su habilitación;

b) la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, modificada por las OO.MM. de 27 de octubre de 1995, de 1 de diciembre de 1999 y de 28 de octubre de 2011 -esta última, posterior a la fecha de la sentencia recurrida-;

c) la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos

Hipotecarios con Particulares.

d) Además, en el ámbito europeo, la propuesta de Directiva n° 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial, admite la legalidad y validez de cualquier modalidad de este tipo de **cláusulas**.

Siendo así las cosas, se evidencia la existencia de un control en esta materia, pues uno de los principios constitucionales rectores de la política social y económica, a tenor del artículo 51 de la Constitución Española , es la tutela de los legítimos intereses económicos de los consumidores, lo que es determinante de que el Ordenamiento desarrolle una pluralidad de normas que convergen en el intento de garantizar la existencia de mecanismos y procedimientos a tal fin (en este sentido STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, RC 1762/2010). Por esta razón, y como bien señala el T.S en determinados supuestos el sistema impone un concreto clausulado uniforme e imperativo que facilita al consumidor la decisión reflexiva de sus comportamientos económicos, lo que se revela especialmente necesario en aquellos en los que la complejidad de los contratos y la identificación de las variables que inciden en el mismo pueden dificultar la comparación de las ofertas existentes en el mercado.

En tales casos, desde la perspectiva del Derecho nacional, con independencia de la discutible "contractualidad" de las condiciones cuando su incorporación al contrato no se impone por una de las partes, sino por una disposición legal o administrativa de carácter general, es lo cierto que el

16

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

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

También la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11 , apartado 25 afirma que: "[...] tal como se desprende del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, las **cláusulas** contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no están sujetas a las disposiciones de la misma", lo que según el apartado 26 "[...] se extiende a las **cláusulas** que reflejan las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no llegan a un acuerdo diferente al respecto" , ya que, a tenor del apartado 28 "[t]al como defiende la Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en los casos contemplados en los apartados 26 y 27 de la presente sentencia, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos".

17

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

En este sentido, la STS 75/2011, de 2 de marzo , RC

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

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

QUINTO- En el presente caso y de conformidad con la carga de la prueba que cada parte ha de soportar al amparo de lo establecido en el art. 217 LEC , no se ha acreditado que la **cláusula** objeto del litigio fuese el resultado de una negociación, sino todo lo contrario. Y ello solo puede entenderse así, porque la parte actora si bien reconoce que firmó el contrato de préstamo hipotecario, alegan no haber tenido la oportunidad de discutir



las condiciones del préstamo de forma individualizada, y particularmente la relativa al límite mínimo aplicable al tipo de interés, variable, pactado. A este respecto, de la simple valoración de la escritura de préstamo hipotecario objeto de *litis* se verifica sin ningún género de dudas que respecto del contrato de préstamo hipotecario de fecha 6 de mayo de 2005, consta *LIMITE A LA VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE* con el siguiente texto:

"No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3'25% "

18

De este modo se modifica el interés nominal pactado en el punto 1 y 2 de dicha escritura y que consta al folio 34 vuelto, y en el que consta interés nominal del 2'75% anual hasta el 4 de mayo de 2008 y a partir de esa fecha Euribor más

0'75%. Ello sin que conste además el establecimiento de **cláusula** techo alguna.

Por otra parte, *siendo la entidad bancaria la que alega haber informado debidamente a los actores y debiendo de conformidad con la carga de la prueba que cada uno ha de soportar, acreditar que efectivamente informó debidamente a los hoy actores de la existencia expresa de esa excepción al tipo pactado* . Y ello porque tal es la interpretación que dimana de la *sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de octubre de 1.999* , citada en la *sentencia de la AP de Madrid de*

2.002, con cita a su vez de numerosas sentencias del TS, y que estima que a quien afirme que una **cláusula** se ha negociado individualmente le corresponde la asunción plena de la carga de la prueba, doctrina recogida en el *apartado segundo del art. 82.2 que dispone, siguiendo la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas* (con la interpretación que hace Tribunal de Justicia en la *sentencia de 3 de junio de 2010*), que el empresario que afirme que una determinada **cláusula** ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

Es por ello, que se ha de señalar que no hay duda alguna en el presente procedimiento de que la minuta para confeccionar la escritura de novación del préstamo hipotecario la facilitó exclusivamente la entidad bancaria al notario, y que pese a que la entidad bancaria alega haber informado adecuadamente a la partes actoras de la existencia de la **cláusula suelo**, en aras de ello ni tan siquiera ha aportado ni propuesto prueba alguna que le sirva de fundamento, pues hubiera sido fácil aportar al procedimiento la documental facilitada como oferta vinculante al consumidor eventual *hipotecante* , donde pudiera verificarse la posibilidad de negociar esta **cláusula**; o incluso, podría haber traído a la vista a la persona responsable de dichas operaciones y que hubiera explicado en debida forma a los demandantes la inclusión de esta **cláusula**, de forma que hubiera podido acreditar que la **cláusula** en cuestión fue negociada de forma individualizada como debió. Sin embargo, muy al contrario, contamos con la prueba documental aportada por las partes y de cuya valoración sólo puede afirmarse que nos encontramos ante un contrato ciertamente firmado en escritura pública por los actores pero cuya aceptación no excluye que nos hallemos ante un contrato de adhesión, y ante una condición general como ya se ha señalado. Pero es que además, no podemos olvidar la normativa contenida en el OM de 1994, que no puede suponer exclusión del ámbito objetivo de aplicación de la LCGC 7/98 en los términos reseñados por el *art 4 párrafo de la misma norma* , pues como señala la *SAP Madrid 10-10-2002 (AC 2002417)* la existencia de disposiciones administrativas como la aludida Orden Ministerial, «*tienen una esfera y ámbito de actuación perfectamente delimitado, cual es la regulación interna y el control administrativo, con aquellas funciones específicas del Banco de España, que en modo alguno pueden incidir en la función jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales, al amparo de los artículos 24 , 117 apartados 3 y 4 de la CE y 21 y 22-4 de la LOPJ con especial mención de este último, que establece*

19

como competencia propia y específica, la tutela jurisdiccional civil de los contratos de consumidores».

Así, el escrupuloso cumplimiento de los deberes de información contenidos en esa norma no sirve para excluir per se el control de abusividad de la norma, ni impide que por ello que la **cláusula** pueda considerarse abusiva, tal como por otro lado resulta del artículo 2.2 de la OM 1994. *A Talefecto, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de marzo de*

2011 se pronuncia señalando expresamente que: "Ahora bien, la finalidad tuitiva que se procura al consumidor en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2 , según el cual " lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación ". Sería una paradoja que esa función protectora que se dispensa



a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor.

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, lo que sanciona es la validez y legalidad de la inclusión de una determinada **cláusula** en un contrato de préstamo hipotecario, integrando los conceptos legales sobre los que se articula la protección del consumidor o usuario o del adherente, de ahí la referencia que el art. 7.b LCGC hace "a la normativa específica que discipline en un ámbito determinado la necesaria transparencia de las **cláusulas** contenidas en el contrato". Pero esto, nada tiene que ver con los términos en los que la **cláusula** viene expresada en el contrato, y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1998, como condición general predispuesta cuya incorporación al contrato fue impuesta por el Banco, que la redactó con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, por cuanto no representa la normalidad de la **cláusula** que resultaría de su aplicación".

De este modo, y tal y como señala en su Exposición de Motivos la citada Orden, su finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, *exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos*. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas. Así, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, se pretende, y ello es lo determinante en nuestro caso, facilitar a éste -al consumidor- la perfecta comprensión

20

e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

A tal efecto y como bien analiza la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, de fecha, 8 de septiembre de

2011, en ejecución de esos deberes es cierto que en su artículo 3 se impone a la entidad financiera la obligación de entrega un folleto informativo a todo aquel que solicite información sobre los préstamos hipotecarios folleto que tendrá carácter informativo y que se ajustará en su contenido al modelo contenido en el anexo I de la norma. Por su parte el art 5 establece la obligación de la entidad financiera de efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o notificarle la denegación del préstamo. Esta oferta contendrá las **cláusulas** financieras señaladas en el anexo II de la Orden que como es de ver incluye los Límites a la variación del tipo de interés aplicable que además habrá de reflejarse en los términos indicados en dicho anexo. Finalmente el art 6 impone la obligación de consignar de forma separada las **cláusulas** financieras entre las que se encuentra la limitación del tipo de interés variable del resto del clausulado del contrato y el art. 7 impone por un lado, un deber de información al notario autorizante respecto del contenido de dichas **cláusulas** financiera, así como verificación del ajuste de las **cláusulas** contenidas en la escritura con las contenidas en la oferta vinculante.

Sentado lo anterior, solo puede estimarse al carecer de oferta vinculante que debió aportar la parte demandada, reflejando así las condiciones que ofrecía la entidad bancaria, y que habrían podido servir de base a una posible negociación con los actores.

En conclusión, de la valoración de la prueba sólo se puede estimar acreditado que la **cláusula** cuya nulidad se pretende es una **cláusula** tipo, incorporada, como regla general, a todos los contratos de préstamo hipotecario que suscribía la entidad bancaria, sin que del texto del contrato, del contenido en la escritura aportada junto con la demanda, se desprende que se contemplaran circunstancias particulares, a la hora de *redactarlo*. Ello revela que el contenido del contrato se redactó de forma genérica, para ser aplicado en una pluralidad indeterminada de supuestos. *No hay nada en él que indique que la **cláusula** de límite mínimo del tipo de interés fue negociada de modo particular*. Por todo lo anterior, solo puede afirmarse que nos hallamos, pues, ante una condición general, es decir, ante una **cláusula** cuyo contenido, aunque aceptado libremente por el demandante, fue determinado por la entidad bancaria demandada, que lo incorporaba, en general, a cuantos contratos de préstamo suscribía.

SEXTO.- Una vez determinado que nos hallamos ante una condición general, resta analizar el segundo punto de discusión, que se refiere al carácter abusivo de la misma. El art. 8.2 de la Ley 7/98 (en adelante, LCGC) se refiere exclusivamente a los contratos celebrados con un consumidor, y

21



remite, en cuanto a la definición de " **cláusula abusiva** ", a la antigua Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ya hemos visto que, en la actualidad, ha sido sustituida por el RD Legislativo 1/07, de

16 de noviembre. Analizaremos, en primer lugar, si nos hallamos ante un contrato incluido dentro del ámbito de esta normativa. Conforme al *art. 2 del RD Legislativo 1/07*, el ámbito de aplicación de dicha norma se restringe a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios. Conforme al *art. 3 del RD Legislativo 1/07*, son consumidores o usuarios, a efectos de la misma, las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Son empresarios, conforme al art.

4, quienes actúan en el marco de su actividad empresarial o profesional, sea pública o privada.

Es claro, pues, que para la legislación protectora de los consumidores lo fundamental, que determina la aplicación de tal régimen de especial protección, es que el adquirente de bienes o servicios no los destine al ejercicio de una actividad empresarial o profesional. En el presente caso, de la escritura de préstamo se desprende que el préstamo hipotecario se concedió a personas físicas para la adquisición de una vivienda, tal y como refleja la propia escritura de fecha 2005 que se modifica por la aquí impugnada respecto de la **cláusula suelo** impuesta dicho préstamo lo fue para la adquisición de vivienda unifamiliar (folio 28).

El *art. 82.1 del RD Legislativo 1/07*, al que, como hemos visto, remite el art. 8.2 LCGC, establece 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 ". Conforme al párrafo segundo del apartado 2 del mencionado artículo, "el empresario que afirme que una determinada **cláusula** ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". Ya hemos visto que la demandada no ha cumplido con dicha carga, e incluso que de la prueba practicada se desprende lo contrario a lo que afirma, es decir, que la **cláusula** no fue negociada individualmente, sino predispuesta y prevista para una pluralidad indeterminada de contratos.

*Analizaremos, acto seguido, si la misma causa undesequilibrio importante entre las posiciones de ambas partes, derivadas del contrato, en perjuicio del consumidor, de forma contraria a la buena fe . Para ello habrá de tenerse en cuenta, conforme al apartado 3 del art. 82 del RD Legislativo citado, "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". En todo caso son **cláusulas** abusivas, conforme al apartado 4, letra c), las que determinen la falta de reciprocidad en el contrato. El art. 87 recoge algunos ejemplos de **cláusulas** abusivas por falta de reciprocidad (conceder al empresario la facultad unilateral de resolver el contrato, cuando al consumidor no se le reconoce la misma facultad, la imposición de deberes al consumidor*

22

incluso cuando el empresario hubiese incumplido los suyos, etc). No se contempla, expresamente, el caso que nos ocupa, si bien los supuestos que menciona no son numerus clausus, sino meros ejemplos de falta de reciprocidad, según se desprende del tenor literal del precepto.

En el presente caso observamos que, tal y como dice la parte actora, y no discute la demandada (asimismo, la lectura de la escritura de préstamo permite corroborarlo), que la retribución que obtiene la entidad bancaria por dicho préstamo varía cada año, en función de las fluctuaciones que sufra el índice de referencia (EURIBOR), de manera que, si éste es menor, disminuye la retribución, y si éste es mayor, aumenta. Ahora bien, en el contrato se fija además un límite mínimo al tipo de interés, de manera que, descienda lo que descienda el valor del EURIBOR, la entidad bancaria siempre percibe un interés mínimo, concretamente el 3,25%. De este modo, queda protegida frente a posibles descensos de dicho índice, que hagan descender el tipo de interés por debajo del límite establecido, y se asegura, al menos, una retribución mínima.

Al tiempo, y así se desprende de la lectura del documento nº 1 de la demanda, el contrato no contiene una **cláusula** que establezca un límite máximo al tipo de interés, de manera que no queda protegido el consumidor frente a los aumentos del valor del EURIBOR, sin que se le garantice que el precio que debe pagar por el préstamo no asciende por encima de una determinada cota. De este modo, sólo puede estimarse que la entidad bancaria se garantiza un mínimo a pagar, impidiendo al consumidor que se beneficie de la bajada del índice referencial, y ello cuando éste no ve cubierto su riesgo de afrontar una cuota muy superior en caso de producirse una tendencia alcista en la evolución del Euribor y ello porque ni tan siquiera existe límite fijado que le sirva de techo.

Entendemos que ello supone una falta de reciprocidad, en perjuicio del consumidor, contraria a la buena fe, pues, habiéndose pactado un interés variable, la entidad bancaria quedaría protegida, frente a la posibilidad



de cobrar un precio excesivamente bajo, por la **cláusula** en litigio, quedándole garantizado siempre el cobro de un precio mínimo, mientras que no se otorga al consumidor la misma protección, en el caso de que la subida del EURIBOR determine una subida del tipo de interés con un límite semejante o proporcional, de manera que, como ya hemos dicho, la entidad bancaria cobrará siempre un precio mínimo, sea cual sea el valor del índice de referencia, y por mucho que baje éste, mientras que el incremento del valor de dicho índice puede determinar la subida del tipo de interés ilimitadamente, en perjuicio del consumidor, y en beneficio del banco al no haberse fijado un techo máximo, vulnerando así las exigencias de la buena fe que deben presidir las relaciones entre las partes en el tráfico jurídico.

Tal valoración puede llevarnos a considerar, que tales **cláusulas** no son, en sí mismas, perjudiciales para el consumidor, pero no excluye que puedan serlo en función de las circunstancias del caso concreto, y, como ya hemos dicho, en el caso concreto no se ha justificado que las condiciones ofrecidas, en cuanto a diferencial y plazo, fuesen

23

particularmente ventajosas, en atención a la existencia de **cláusula suelo** y principalmente a la inexistencia de una **cláusula** techo similar.

De este modo, debemos de concluir, por todo lo anterior, que la **cláusula** de límite mínimo contenida en el contrato de préstamo suscrito por las partes demandantes merecen la consideración de abusiva, conforme al *art. 82.4.c) del RD Legislativo 1/07*, al no contemplar el contrato ninguna ventaja, a favor del consumidor, en compensación del riesgo, ilimitado, que asume, en cuanto a la subida del índice de referencia, que determinará la subida del tipo de interés, riesgo que no asume, en cambio, la entidad bancaria, en la misma medida, puesto que su retribución nunca podrá caer por debajo de un determinado límite. Es decir, la **cláusula suelo** no es abusiva en sí misma, ni atendiendo a la cuantía, más o menos elevada, de dicho límite mínimo (cuya adecuación a la normativa de protección de los consumidores no se examina, ni se ha planteado por la parte demandante), sino que lo es por no contener el contrato ninguna contrapartida al riesgo real y efectivo que asume el consumidor, y no la entidad bancaria, frente a las fluctuaciones del tipo de interés, o lo que es lo mismo, por NO existir una "**cláusula** techo", que limite efectivamente el riesgo que asume el consumidor al igual que la **cláusula suelo** limita el que asume la entidad bancaria, o cualquier otra que le compense específicamente por dicho riesgo.

Por todo lo anterior, debemos de mostrarnos de acuerdo con el criterio expuesto por la *sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 12 de septiembre de 2011*, que señala que "la **cláusula suelo** es uno de los instrumentos de cobertura ante los riesgos de fluctuación del índice de referencia de los tipos de interés, en este caso el EURIBOR, de cierta relevancia en la actualidad en que este índice ha bajado considerablemente en relación con el existente a la fecha del contrato. Como tal instrumento es lícito y su incorporación a un contrato de préstamo no se vería afectada por causa de nulidad si fuera consentida y pactada entre las partes y el desequilibrio que pudiera generar por sí solo se viera compensado por otros mecanismos (mayores o menores porcentajes en los diferenciales, ausencia de comisiones por vencimientos anticipados o recíproca **cláusula** techo), todo ello previa y claramente detallado, informado y pactado". Tal y como ya hemos visto, la mencionada **cláusula** proporciona estabilidad a las entidades bancarias, permitiéndoles recuperar los costes invertidos para ofrecer el producto (préstamo), lo cual no dudamos que sea de interés público (también beneficia, en principio, al consumidor, pues permite, en general, bajar los tipos y ampliar los plazos), además de razonable, desde el punto de vista económico, y, en sí, perfectamente legítimo.

Sin embargo, tal y como señala la *sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011* (que también menciona que la sola existencia de una **cláusula suelo**, por sí, no determina su carácter abusivo), "esa racionalidad económica de la acotación de los tipos de interés variable no puede ser opuesta en el examen de la condición general desde el prisma de la tutela del consumidor, como

24

elemento legitimador de una posible falta de reciprocidad en su contenido. Dicho de otra forma los efectos beneficiosos de la utilización de una determinada **cláusula** financiera para el bien funcionamiento del sistema, no pueden proyectarse a la relación jurídica individual con el consumidor, si la aplicación de dicha **cláusula** dentro de esa relación jurídica individual rompe la debida reciprocidad existente entre las partes", y no es legítimo, desde el punto de vista de la normativa de protección de los consumidores, y en concreto del *art. 82.4.c) del RD Legislativo 1/07*, que no se establezca una contrapartida para el consumidor, y esto es lo que determina el carácter abusivo de la **cláusula**. Es decir, con independencia de que las **cláusulas suelo** sean, en abstracto, beneficiosas para todos los intervinientes en el mercado financiero (consumidores incluidos), ello no excluye que, en el caso concreto, las circunstancias concurrentes, que obliga a tener en cuenta el *art. 82.3 del RD Legislativo 1/07*, determinen que tales **cláusulas** impliquen un desequilibrio, en perjuicio del consumidor, y



sean, por tanto, abusivas e ilícitas. Como señala la *sentencia de 11 de marzo de 2011, dictada por el Juzgado de lo Mercantil de León*, " no se trata de valorar la admisibilidad genérica en nuestro sistema de las **cláusulas** limitativas del riesgo [...], sino si dichas **cláusulas** están configuradas de modo equilibrado para ambas partes. No toda **cláusula suelo** es tributaria de un pronunciamiento de abusividad, sino, de acuerdo con lo razonado y en particular con los criterios legales de desequilibrio entre las estipulaciones de las partes y la falta de reciprocidad, aquellas que no se vean compensadas con límites superiores (techos) que protejan efectiva y adecuadamente a los prestatarios del riesgo de subida del índice tomado ".

No es cierto, por otra parte, que la **cláusula** que nos ocupa deba ser sustraída al control de los tribunales de Justicia, desde la perspectiva del art. 8.2 de la LCGC y del art. 82 del RD Legislativo 1/07 tal y como pretende la entidad demandada, y ello porque el informe del Banco de España mencionado (que, por cierto, no resulta vinculante para este o ningún otro órgano jurisdiccional), señalan que el art. 4.2 de la Directiva 93/13 (cuya trasposición recoge la LCGC, y el art. 10 bis de la antigua LGDCU) impide someter a dicho control los elementos esenciales del contrato, entre los que se incluye el precio, que en un contrato de préstamo es el tipo de interés. En efecto, dicho precepto dispone que " la apreciación del carácter abusivo de las **cláusulas** no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas **cláusulas** se redacten de manera clara y comprensible ".

Pero hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 3 de junio de 2010*, determinó que dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las **cláusulas** contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato, o a la adecuación entre precio y retribución, de un lado, y

25

servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, de otro, es decir, a que la normativa interna de los Estados miembros sea más estricta, en cuanto a la protección de los consumidores, que la propia Directiva.

El Tribunal Supremo, Sala I, en sentencias de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010, ha determinado que, a la vista de la interpretación del art. 4.2 de la Directiva realizada por la mencionada sentencia, no puede impedirse el control, por los órganos jurisdiccionales españoles, del carácter abusivo de ninguna **cláusula**, no negociada individualmente (concretamente se refiere a las de redondeo al alza del tipo variable), conforme a la legislación española, sobre la base del art. 4.2 de la Directiva, y ello con independencia de que la **cláusula** verse sobre elementos esenciales del contrato, o no. A ello podríamos añadir el Informe efectuado por la Abogada General de la UE en fecha 8 de noviembre de 2012 ante Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona y que pone de manifiesto la existencia de **cláusulas** claramente abusivas en los contratos de préstamo hipotecario existentes en el mercado español.

La *sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011*, profundiza un poco más en el ámbito en que ha de desarrollarse el control jurisdiccional, y señala que la falta de reciprocidad ha de analizarse respecto de la equivalencia entre los derechos y obligaciones fijados para las partes, y no respecto de su valor, es decir, la reciprocidad que debe existir, para excluir el carácter abusivo de la **cláusula**, ha de ser jurídica, y no económica (cita, en apoyo de esta tesis, además de alguna opinión doctrinal, la *SAP Madrid, de 22 de marzo de 2007*), de manera que el órgano jurisdiccional no podría entrar a analizar cuestiones de tal naturaleza, como el importe fijado para el tipo de interés (es decir, no podría determinar si un determinado tipo es abusivo o no, quedando dicho tipo exento de todo control jurisdiccional distinto del que determina la normativa sobre prohibición de la usura), puesto que ello se hace en función del resto de circunstancias económicas concretas que determinan la celebración del contrato, así como de las de la propia entidad y el mercado crediticio, que no corresponde valorar a dicho órgano, sino a los operadores que actúan en el mercado (es decir, el precio lo fija dicho mercado, y los órganos jurisdiccionales no pueden incidir en la fijación de dicho precio, salvo para controlar que no vulnera la normativa vigente en materia de usura).

El órgano jurisdiccional debe valorar, pues, únicamente, si existe reciprocidad, desde el punto de vista jurídico, entre los derechos, obligaciones y riesgos que asumen ambas partes, es decir, si a cada derecho, obligación, ventaja o carga que se atribuya a cada una de las partes, corresponde otra similar, atribuida a la contraria, valoración en la que no podría dejar de tener en cuenta, entendemos, la finalidad de especial protección del adherente, y concretamente del consumidor, que inspira tanto la LCGC como el RD Legislativo

26

1/07, en atención a la posición dominante de la entidad bancaria.



De este modo el control del órgano jurisdiccional no incidiría, propiamente, en elementos que sólo pueden determinarse por el mercado, en atención a consideraciones económicas, que quedan fuera de las atribuciones de cualquier órgano jurisdiccional, atribuciones que, según se desprende del art. 117 de nuestra Constitución, se limitan a "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", conforme al ordenamiento jurídico (art. 1.7 Cc), y no han de extenderse al control de oportunidad de decisiones de índole meramente económica, como la fijación del concreto tipo de interés que la entidad bancaria pretende cobrar a cambio de sus servicios. Ello no excluye, creemos (y nada distinto dice la mencionada sentencia, invocada por la demandada, cuyas consideraciones, por lo demás, compartimos), la posibilidad de apreciar la existencia de desequilibrio si una y otra parte asumen riesgos desiguales, en relación con las fluctuaciones del índice de referencia empleado para determinar el tipo de interés, que queda dentro del ámbito de lo estrictamente jurídico.

SÉPTIMO.- Trayendo aquí las consideraciones contenidas en la *SAP Madrid de 22 de marzo de 2007*, que expresa sus dudas en torno a la atribución a la **cláusula suelo** de carácter esencial, a los efectos del art. 4.2 de la Directiva, se ha de tener presente que "si bien es cierto que eventualmente sirve para determinar el tipo de interés aplicable y que en el préstamo el interés es el precio que recibe el banco por la operación crediticia, es igualmente cierto que esa función no se cumple en todo caso, sino únicamente cuando se dan los presupuestos fácticos de la **cláusula**, que determinan la conversión del interés variable en el interés fijo previsto". Por ello concluye que "la **cláusula** de limitación a la variación del tipo de interés no se puede equiparar a la **cláusula** de determinación del interés remuneratorio del préstamo, que viene determinado por otra **cláusula** contractual, sino que sirve para delimitar los efectos propios de la evolución aleatoria del tipo de interés variable previsto en el contrato". Este criterio ya fue acogido, anteriormente, por la *sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, de*

30 de septiembre de 2010, y no podemos sino compartirlo. En efecto, la remuneración que obtiene la entidad bancaria por el capital prestado (interés) constituye, sin duda, un elemento esencial del contrato, pero las **cláusulas** de limitación de la variabilidad del tipo de interés no inciden directamente en la configuración de dicho elemento (dicha configuración corresponde a la disposición que determina, en el presente caso, que el tipo de interés aplicable será EURIBOR más un punto, **cláusula** cuya revisión jurisdiccional no se ha solicitado), sino que, simplemente, establecen un tope, máximo o mínimo, a su variabilidad, a modo de **cláusula** de estabilización. Ciertamente la sentencia citada acaba desestimando la pretensión de nulidad de la **cláusula suelo** ejercitada, pero no lo hace porque no pueda entrar a examinar si la misma implica un desequilibrio, en perjuicio del consumidor, a la vista del resto de **cláusulas** del contrato, y particularmente de los derechos y obligaciones que se establezca para la entidad bancaria, sino porque, existiendo, en el supuesto que analiza, una **cláusula** techo. Sin embargo,

27

en el presente caso ya hemos analizado en el Fundamento de Derecho Octavo esta Juzgadora la existencia de **cláusula** techo, estimando claramente ésta totalmente desproporcionada, no existiendo equivalencia económica entre las obligaciones que asume cada una de las partes.

De este modo y como ya se ha indicado, *en la resolución del presente litigio se estima sin ningún género de dudas que la **cláusula suelo** es establecida en interés de la entidad bancaria*. En el presente caso, en el que no existe **cláusula** techo, resulta patente la falta de equivalencia de prestaciones, que puede apreciarse, y se aprecia, al margen de cualquier análisis económico, es decir, desde el punto de vista meramente jurídico, merece la estimación de la demanda.

OCTAVO.- Visto, pues, que es posible el control jurisdiccional de la cualidad de abusiva de la **cláusula suelo**, en el presente caso, puesto que ni la Directiva 93/13 impide examinar ninguna de las **cláusulas** de un contrato al amparo de la legislación nacional sobre la materia, conforme a las *SSTS, Sala I, de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010*, ni puede considerarse como **cláusula** determinante de un elemento esencial, ni el motivo por el que se plantea su consideración como abusiva implica que el órgano jurisdiccional haya de hacer valoraciones económicas fuera de su alcance, y que, al amparo del *art. 82 del RD Legislativo 1/07*, la mencionada **cláusula** es, efectivamente, abusiva, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, puesto que supone la existencia de un desequilibrio entre las partes en el contrato, desde el punto de vista jurídico, en perjuicio del demandante (adherente), al suponer una limitación del riesgo que asume la entidad bancaria, frente a la fluctuación de los tipos de interés, y no establecerse, como contrapartida, en beneficio del consumidor, ninguna limitación del riesgo de la fluctuación al alza de tales tipos, pues el techo fijado es totalmente irreal e inoperativo, procede, con base en el art.

8.2 de la LCGC, declarar la nulidad de la **cláusula** controvertida. La parte demandada no puede oponer, frente a ello, la doctrina de los actos propios, basándose en que el consumidor aceptó libremente dicha **cláusula**. Ya hemos visto que el hecho de que una **cláusula** haya sido aceptada libremente por el consumidor no impide



que pueda ser considerada condición general, ni **cláusula** abusiva, consideraciones que dependen, más bien, de que la **cláusula** haya sido predispuesta (que no impuesta, en el sentido de no consentida libremente), y de que suponga un desequilibrio de prestaciones injusto, en perjuicio del consumidor. Pretender que la libre aceptación impide que una **cláusula** pueda ser considerada abusiva es tanto como dejar completamente vacía de contenido la protección del consumidor, legalmente prevista, frente a dicho tipo de **cláusulas** que puedan tener tal consideración (la protección frente a la falta de consentimiento o de validez del mismo viene determinada por otras normas, como el *art. 7 de la LCGC*, o el *art. 1.300 y ss Cc*). Se estima, pues, la primera pretensión ejercitada en la demanda.

De este modo y de conformidad con los Fundamentos de Derecho anteriores declaro la nulidad de la **cláusula suelo** contenida en las condiciones generales de los contrato de

28

préstamo hipotecario suscrito en fecha 6 de mayo de 2006 suscrito entre las partes y ello siguiendo el *criterio del Pleno de la Sala primera del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013, por los siguientes motivos que concurren en el presente procedimiento.*

- a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c) La creación de la apariencia de que el **suelo** tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor, aquí los actores.
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Respecto del posible control de transparencia a que se refiere el T.S se ha de indicar que no es posible entrar sobre esta cuestión al no haber sido alegada por ninguna de las partes del presente procedimiento.

NOVENO.- En cuanto a las consecuencias de tal nulidad, conforme al *art. 83.1 del RD Legislativo 1/07*, las **cláusulas** abusivas son nulas de pleno derecho (como ya se ha dicho), y se tendrán por no puestas. El apartado 2 confiere al órgano jurisdiccional una facultad integradora, conforme al *art.*

1.258 Cc y la buena fe, y moderadora, respecto de los elementos afectados por la nulidad, y establece que únicamente se declarará nulo el contrato en su totalidad cuando no sea posible dicha integración, es decir, cuando el desequilibrio subsista, pese a tenerse por no puestas las **cláusulas** nulas.

En el presente caso, se solicita por el demandante es que se condene a la demandada a eliminar la **cláusula** del contrato. Procede dicha condena, puesto que el demandante la pide, y dado que la Ley establece que la **cláusula** se tendrá por no puesta (la mencionada condena no es sino consecuencia de tal previsión, que ampara, por tanto, la posibilidad de emitir el pronunciamiento solicitado), aunque hemos de aclarar que no era necesario que la demandada realizara ninguna conducta para que la **cláusula** no produjera efectos, pues para ello basta con la declaración de nulidad, que lleva implícito que haya de ignorarse la misma, conforme prevé el *art. 83.1 RD*, con independencia de que se mantenga su presencia material en el documento que contiene el contrato. En cuanto a la integración del contrato, prevista por el *art. 83.2 RD*, no parece de recibo alegar, como hizo la parte demandada, en su contestación a la demanda, que el demandante podría haber solicitado a otra entidad bancaria la subrogación del contrato de préstamo hipotecario (solución que parece que considera preferible, y parece que propone, la demandada), en vez de

29

solicitar la declaración de nulidad de la **cláusula suelo**, pues, en primer lugar, el demandante es libre de acudir a los tribunales para solicitar la tutela que desee, y de configurar su pretensión como desee (sin perjuicio de que corresponda a éstos concederle o no la tutela que reclama, conforme a la Ley), y el órgano jurisdiccional debe ajustar su respuesta a las pretensiones oportunamente deducidas por las partes (*art.*

218.1 LEC), y, en segundo lugar, la inclusión de tal **cláusula**

, favorable al consumidor, estaba en manos de las partes, y concretamente de la entidad bancaria, predisponente del

contrato que nos ocupa, como hemos visto, sin que se pueda obtener de este o de ningún órgano jurisdiccional la imposición, a las partes, de **cláusulas** contractuales en absoluto previstas por la autonomía de la voluntad, ni siquiera en el ejercicio de la facultad integradora prevista por el *art. 83.2 del RD Legislativo 1/07* (que ha de tener en cuenta, conforme a lo dispuesto por el *art. 1.258 Cc*, además de lo expresamente pactado, la naturaleza de los derechos y obligaciones establecidos, el uso y la ley, además de la buena fe), pues ello supondría entrar, sin base legal alguna (y sin que la necesidad de establecer dicha **cláusula** derive, sin más, de la naturaleza de las obligaciones establecidas por el contrato de préstamo, o de ningún uso, que no se ha probado, conforme exige el *art. 281.2 LEC*), en el ámbito estrictamente reservado a la autonomía de la voluntad, sustituyendo la misma.

DÉCIMO.- Se solicita, además por el demandante, la restitución del importe percibido de más por la entidad bancaria, a partir del momento en que comenzó a aplicarse la **cláusula suelo** en el referido contrato de préstamo *hipotecario*.

Se solicita, además por el demandante, que dicha declaración se efectúe con los efectos que procedan, a este respecto, tan sólo puede ser estimada esta pretensión planteada en los términos expuestos sin que pueda esta Juzgadora extralimitarse en dicho pronunciamiento, pues obviamente la declaración de la nulidad de la **cláusula** señalada llevará inexcusablemente el deber de restituir lo indebidamente percibido por la entidad bancaria a partir del momento en que comenzó a aplicarse la **cláusula suelo**.

Ahora bien, la demandada formulada en los términos que se efectúa no cumple las exigencias del *art. 219.1 LEC* que señala que "... , no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética ". En consonancia con ello prevé el apartado 3 del mismo artículo que " no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un

30

pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades ". En el presente caso, el suplico de la demanda no se solicita expresamente la petición de que se condene a NCG a la devolución a los prestatarios de cantidades concretas indebidamente percibidas en virtud de la **cláusula** declarada nula y que ha cobrado la entidad hasta la fecha de la presentación de la demanda, por lo que no podemos efectuar pronunciamiento alguno sobre esta cuestión *debiendo acomodarnos al petitum de la demanda y ello aunque el efecto de la nulidad será el de la restitución de las cantidades abonadas por el actor mientras se aplicó la **cláusula suelo**, ahora declarada nula si bien su cuantía no ha sido determinada ni reclamada en la demanda.*

A este respecto pudiera la parte demandada pretender de cara a una eventual apelación la aplicación del criterio establecido por el Tribunal Supremo en el tan reiterado Pleno de fecha 9 de mayo de 2013 en relación a que la declaración de nulidad de **cláusula suelo** en los contratos de préstamo hipotecario no afectará a los pagos ya efectuados por los hoy demandantes y ello de conformidad con los argumentos que allí se indican. Ahora bien, esta Juzgadora no puede obviar que la aplicación del criterio retroactivo que allí se efectúa al margen de ser un pronunciamiento que efectúa la Sala sin que haya sido pedido por ninguna de las partes en primera o segunda instancia y sin que se haya permitido a las partes alegar lo que estiman al respecto, vulnera el principio de tutela judicial efectiva, pero es que a mayores pretender la aplicación analógica de la retroactividad trayendo



aquí las previsiones contenidas en otras leyes (Ley de procedimiento administrativo, Ley de patentes...) sólo es posible de conformidad con lo previsto en el art. 4 del Código Civil cuando exista una laguna legal. En el caso que nos ocupa no debemos olvidar que es de aplicación lo previsto *en el art.*

1.303 del Código Civil que no ha sido derogado ni modificado a la fecha y que obliga en casos como el que nos ocupa a la restitución de las prestaciones pues establece expresamente que "*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, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*".

En relación a dicho precepto la Sentencia de la misma Sala de 6 de julio de 2005 -EDJ2005/113505-, por remisión a la anterior de 11 de febrero de 2003 -EDJ2003/2070-, relaciona extensamente la jurisprudencia en relación al artículo 1303 del Código Civil, en el que se establece que 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. Recuerda la antedicha Sentencia que "el precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (sentencias de 22 de septiembre de 1989 -EDJ1989/8233-, 30 de diciembre de 1996 -EDJ1996/11055-, 26 de julio de 2000 -EDJ2000/32586-), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (sentencias de 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992 -EDJ1992/1700-, 30 de diciembre de 1996 -EDJ1996/11055- -llegar hasta donde se

31

enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (sentencias de 18 de enero de 1904, 29 de octubre de 1956, 7 de enero de 1964, 22 de septiembre de 1989 -EDJ1989/8233-, 24 de febrero de 1992 -EDJ1992/1700-, 28 de septiembre -EDJ1996/6436- y 30 de diciembre de 1996 -EDJ1996/11055-), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (sentencias de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de

1983, 24 de febrero de 1992 -EDJ1992/1700-, 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (sentencias de 29 de octubre de 1956, 22 de septiembre de 1988, 28 de septiembre de 1996 -EDJ1996/6436-, 26 de julio de 2000 -EDJ2000/32586-), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964, 23 de octubre de 1973 -EDJ1973/374-).

El art. 1303 del Código Civil se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (sentencias de 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994 -EDJ1994/1457-) y el precio con sus intereses (sentencia de 18 de febrero de 1994 -EDJ1994/1457-,

12 de noviembre de 1996 -EDJ1996/7501-, 23 de junio de 1997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales".

En lo que aquí ahora interesa, matiza la Sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2000 -EDJ2000/32586- que "el precepto anterior puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas (como la propia parte recurrente implícitamente reconoce), de carácter complementario, o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y sgs. -EDL1889/1-) y los relativos a la liquidación del estado posesorio, (arts. 452 y sgs. -EDL1889/1-), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto". » (STS 1ª- 15/04/2009 - 1356/2005 -EDJ2009/62984-).

Además, el artículo 1303 CC, es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no solo a los de anulabilidad o *nulidad relativa* (SSTS de 18 de enero de 1904, 29 de octubre de 1956, 7 de enero de 1964, 22 de septiembre de 1989 -EDJ1989/8233-, 24 de febrero de 1992, 28 de septiembre -EDJ1996/6436- y 30 de diciembre de 1996 -EDJ1996/11055-), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la



ley (SSTS de 10 de junio de 1952 , 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 6 de octubre de 1994 , 9 de noviembre de

1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (SSTS de 29 de octubre de 1956 , 22 de septiembre de 1989 , 28 de septiembre de 1996 , 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (SSTS de 7 de octubre de 1957 , 7 de enero de 1964 , 23 de octubre de 1973).» (STS 1ª - 21/06/2011 - 1647/2007).

32

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

DÉCIMOPRIMERO .- En relación a la nulidad que se pretendedel contrato de permuta financiera (swap) suscrito entre laspartes el día 7 de agosto de 2007 , se ha de señalar con carácter general que las operaciones financieras que pueden incluirse en este tipo de acuerdos, entre otras, están: las operaciones financieras realizadas sobre los instrumentos financieros previstos en el párrafo segundo del art. 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , incluidos los derivados de crédito, las compraventas de divisa al contado, los instrumentos derivados sobre materias primas y los instrumentos derivados sobre los derechos de emisión regulados en la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Según el art. 2.2 de la Ley 24/1988 quedan comprendidas dentro de dichas operaciones: "contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo".

Para la resolución de la presente controversia se ha de traer a colación la *sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia nº 3, de Lleida, del 20 de Septiembre del 2011* (SJPI

52/2011, Juicio Ordinario: 2095/2010 | Ponente: D. Diego Gutiérrez Alonso) que recoge expresamente que ""Es preciso hacer una breve mención a las permutas financieras, su concepto, clases y naturaleza para saber realmente ante qué tipo de contrato o producto nos encontramos. La permuta financiera en sentido amplio comprende una serie de productos financieros que dan lugar a flujos de pagos entre las partes contratantes en función de la evolución de un índice de referencia y normalmente con la finalidad de cubrir el riesgo de variación de dicho índice en relación con otras operaciones de préstamo o crédito. Dentro de estas permutas financieras podemos encontrar los swap (que pueden ser de diversas clases) o los collar. De hecho el término " swap " es una palabra anglosajona que significa canje o cambio en castellano. Por este motivo a veces se utiliza la palabra swap para referirse a todo tipo de permuta financiera, cuando en realidad es un tipo o clase de permuta.../... Según esto, con este tipo de productos se obtienen liquidaciones o canjes periódicos cuyo resultado positivo o negativo para el cliente depende del comportamiento del índice elegido y que normalmente, y para lo que a nosotros nos interesa en este caso, son tipos de interés pero que puede tratarse del precio de una materia prima u otro valor fluctuante. Esto supone que las permutas financieras o los contratos que incorporan **cláusulas** de este tipo tienen un alto componente especulativo y por consiguiente un elevado riesgo, al igual que ocurre con los derivados, en las operaciones bursátiles. Su naturaleza es igual a los llamados derivados financieros como son los futuros y las opciones. Los derivados son instrumentos financieros cuyo valor viene determinado ("deriva de") el precio de un activo subyacente

33

(intereses, acciones, divisas, bienes...) por lo que las permutas financieras con carácter general pueden considerarse productos derivados, especulativos y complejos.".

Asimismo, y en un supuesto idéntico, es relevante y se comparte lo ya recogido en la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia nº 84, de Madrid, de 18-6- 2012 (Juicio Ordinario 556/2011, Ponente: Doña Raquel Blázquez Martín) que dice: "Como es sobradamente conocido por ambas partes, en los últimos años se han dictado multitud de sentencias sobre las permutas financieras y sobre los productos de este formato comercializados por -entidad bancaria-. En todas ellas se coincide en considerar que este tipo de contratos se adscriben al modelo de instrumentos derivados financieros, en cuanto contrato en el que la cuantificación de la obligación de una de las partes depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente. El activo subyacente puede ser diverso, pero en el caso que nos ocupa el derivado está referenciado al Euríbor. El mecanismo de funcionamiento es igual al del swap, o permuta financiera, de modo que las partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras. Estos intercambios están referenciados a tipos de interés (IRS-Interest Rate Swap-).



De este modo, se trata de un contrato que ha sido calificado como atípico, lícito al amparo del art. 1.255 C.C. y 50 del C. Comercio, consensual, bilateral, sinalagmático, de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas (SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 20 enero 2012). En la mencionada modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante, lo que da lugar a una liquidación periódica a favor o en contra de uno de los contratantes.

Se añade que el tipo viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca y Confederación Española de Cajas de Ahorro (Anexo II pág. 12) como "aquella operación (contrato) por la que las partes acuerdan intercambiarse ente si pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada". Se ha de añadir tal y como señala la el Juzgado de lo Mercantil nº 7 Barcelona de fecha 13 de enero de dos mil diez " *en general este tipo de acuerdos (swaps) pueden nacer como contratos autónomos, pero también pueden configurarse como contratos vinculados a otras operaciones de pasivo. Concretamente lo habitual en los swap de intereses* En orden al concepto del negocio jurídico en cuestión destaca la sentencia citada del Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona, que " *las operaciones de permuta financiera o swaps constituyen contratos en los que dos agentes económicos acuerdan intercambiar flujos monetarios, expresados en una o varias divisas, calculados sobre diferentes tipos o índices de referencia que pueden ser fijos o variables, durante un cierto período de tiempo. Dichos contratos pueden revestir diversas modalidades en función del objeto de la permuta, pudiéndose*

34

distinguir entre swaps de tipos de interés, de divisas, de commodities o de materias primas y de acciones. En el swap de tipos de interés como el que aquí nos ocupa, las dos partes acuerdan, durante un período de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal pero con tipos de referencia distintos. En esta modalidad de swaps, no hay flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente nocional), liquidándose normalmente por diferencias los saldos respectivos entre las partes contratantes recurriendo a la compensación. Así, en el supuesto más habitual, una de las partes acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del EURIBOR o LIBOR, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo (lo que se conoce como swap de fijo contra variable o "coupon swaps"); aunque también cabe el intercambio de flujos de intereses variables (swaps de variable contra variable o "basis swaps"), ya sea con distinta periodificación (EURIBOR a tres meses contra EURIBOR a seis meses) o con distinta indexación (EURIBOR a tres meses contra LIBOR a tres meses, etc.). Se trata en definitiva de operaciones de cobertura del riesgo de tipo interés, que permiten a los operadores económicos con endeudamiento a tipos de interés variable protegerse de la fluctuación en los tipos de intereses, convirtiendo deudas con intereses fijos en variables, o con intereses variables en fijos o variables con distinta indexación "

Igualmente, y Como destaca la sentencia del Juzgado mercantil número 4 de Barcelona 28 de septiembre de 2009 es que el importe nominal sobre el que se aplican los diferentes tipos de interés pactados, venga determinado por el importe del capital prestado por el banco al cliente en otra u otras operaciones de pasivo. De esta manera el swap de intereses no se suele configurar como un contrato autónomo, sino un contrato vinculado a otro principal que es el contrato de préstamo o crédito, mediante el cual se modifica el pacto de intereses. La causa concreta de este tipo de swaps es reducir los riesgos de las oscilaciones de los tipos de intereses y con ellos reducir los costes financieros de las operaciones crediticias, no es sencillamente la especulación. Por ello, han de vincularse esas operaciones, la operación de préstamo o crédito y la permuta financiera, cuya suerte han de seguir, y clasificarse conjuntamente con ellas. "

A esta clarificación de la naturaleza y finalidad del contrato que vincula a las partes incluida en la sentencia, cabría añadir su consideración como un negocio jurídicoaleatorio puesto que existe un riesgo en la oscilación de los índices de referencia que puedan jugar a favor y en contra de ambas partes contratantes . Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de octubre de 1.981 es característico de estos contratos, " *del alea su bilateralidad y, por lo tanto, que el riesgo a la eventualidad de la ganancia y la pérdida ha de ser común a ambos contratantes "*. No obstante esta conceptualización como contrato bilateral en cuanto al riesgo que se asume en el momento de su nacimiento, las sucesivas liquidaciones no hacen surgir obligaciones recíprocas, sino la obligación unilateral de pago para una sola de las partes, de tal manera que el Banco contratante realizará el correspondiente cargo o abono en la cuenta de referencia en función del resultado del riesgo.

35

Así, las llamadas liquidaciones, que suelen pactarse entre las partes, como en este caso, de forma trimestral, vienen a constituir hitos temporales que marcan en un momento temporal determinado la ganancia o la pérdida eventual, que forma parte del riesgo propio de estos contratos. Sin embargo de aquí no cabe deducir



la existencia de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, las cuales surgen en el momento del nacimiento del negocio jurídico que coincide con la prestación del consentimiento mediante su firma. La obligación bilateral nace en el momento en que se firma el contrato y su determinación posterior depende de un suceso futuro e incierto, de un riesgo de manera que la liquidación puede variar a favor de una u otra parte, surgiendo una única obligación de pago para una de las partes.

Pues bien, en relación a dicho contrato y estando al presente caso, la parte actora alega vicio del consentimiento al haber sido firmado por ésta mediando engaño y mala fe de la entidad bancaria demandada, pues creyó estar firmando un "seguro de cobertura de tipos de interés para proteger y dar cobertura frente a las subidas de tipos de interés". Frente a ello la parte demandada se opone alegando que la voluntad contractual se presume libre, consciente y espontáneamente manifestada, debiendo interpretarse de forma restrictiva la pretensión de nulidad pretendida basada en un error.

Para su resolución procede traer aquí la STS de fecha 15 de noviembre de 2012 que señala expresamente que "el error vicio, que se produce cuando se forma la voluntad del contratante sobre una presuposición inexacta, ha de ser, entre otros requisitos - en cuyo examen no consideramos necesario entrar, dadas las circunstancias -, excusable. Así lo exige la jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo, entre otras muchas -, que toma en consideración la conducta de quien lo sufre y niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoró - " *quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* " (no se entiende que padece daño quien por su culpa lo sufre) - y, en la situación de conflicto producida, la concede a la otra parte

contratante, confiada en la

declaración negocial seriamente

apariencia que

emitida".

genera

toda

A este respecto habrá de determinar si el error invocado era o no esencial y excusable para estimar qué este efectivamente existió y vició el consentimiento prestado por la parte actora.

Efectivamente se exige que el error sea esencial lo que implica que la cosa objeto del contrato no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen atendida la finalidad del contrato o motivo de su celebración. Sobre esta cuestión, se señala por la parte actora que fue la entidad bancaria la que le recomendó e insistió en la formalización del contrato de permuta financiera y que dicho producto se le ofreció como un seguro frente a una eventual subida de tipo de interés del contrato de préstamo hipotecario suscrito. Frente a ello alega la entidad bancaria que el concepto de seguro se recoge en el

36

art. 1 Ley 50/1980, de 8 de octubre, por lo que no ha lugar a duda de que el contrato que la parte estaba suscribiendo no era un contrato de seguro al no existir pago de prima.

Pues bien, no es un hecho controvertido que el contrato que obra al folio 47 no es un contrato de seguro sino de permuta financiera, al tiempo que no lo es que ambos contratos tienen notas semejantes que pueden apreciarse en la finalidad de ambos, pues cubren riesgos de las subidas de los tipos de interés y, por tanto, los mayores costes financieros, tal y como señala la SAP de Madrid (Sección 18ª) de fecha 5 de marzo de 2012. Siendo ello una realidad y estando ante un contrato que ofrece la entidad bancaria a un consumidor no experto en materia financiera, no puede obviarse lo señalado anteriormente en sede de **cláusulas** abusivas respecto de que la carga de la prueba de haber suministrado la información suficiente al consumidor que contrata un producto de alto riesgo compete a dicha entidad y respecto de este punto, nada ha probado la parte demandada, pues si bien es cierto que en la Audiencia Previa propuso como testigos a personal del banco, posteriormente, dos días antes de la celebración de la vista, renunció a ellos, solicitando se dictara sentencia con la documental que obra en el procedimiento. Así, de la valoración de la documental con la que contamos sólo puede estimarse que la entidad bancaria no prueba haber suministrado información fehaciente al consumidor respecto de un producto que le ofrece y recomienda, y que entraña objetivamente evidentes riesgos como se confirmó posteriormente y se verifica en la liquidación practicada y obra al folio 48 del procedimiento.



Igual argumento es extensible respecto de lo excusable del error pues no le puede ser imputable a la parte actora que es quien lo invoca y padece, pues confió en el profesional de la entidad bancaria que le recomendó insistentemente la contratación del producto y ello aunque conste en dicho contrato en las condiciones particulares la información al cliente sobre la negociación con derivados, pues siguiendo el criterio del T.S en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , basta verificar la compleja redacción de la misma que además remite a "los riesgos existentes y acepta que los mismos le son de aplicación conforme con la práctica habitual de los mercados financieros", remisión que es del todo insuficiente para la mínima comprensión y conllevar la estimación de la existencia de error que vicia el consentimiento prestado por la parte actora. Y ello porque el contrato en cuestión es un tanto complejo, por la dificultad de entender las **cláusulas** contractuales y la dinámica de su funcionamiento, en cuanto instrumento financiero sometido a la *Ley del Mercado de Valores (artículo 2.2 ., que incluye los contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo)* y calificado como contrato complejo en el *artículo 79 bis. 8, a) de dicha ley ."*

37

Así, estando ante un contrato financiero o de inversión, de naturaleza compleja y de comprensión muy difícil para cualquiera que no sea un experto financiero, lo que no se da en este supuesto, no es un hecho controvertido que los actores son minoristas y sin conocimientos financieros, por lo que *es inevitable verificar si la entidad bancaria ha cumplido con el deber de informar que alega cumplido*. Así debemos verificar su doble vertiente, en una doble vertiente: cuál era la información exigible y cuál la facilitada.

Se ha de recordar que la información que la entidad bancaria debe facilitar en este tipo de contratos está sometida a una regulación exhaustiva que ha sido analizada en muchas de las sentencias dictadas sobre swaps. Vaya por delante que la demandada tiene razón cuando afirma que la infracción de la normativa sectorial que regula los deberes de información y de transparencia no produce como efecto la nulidad del contrato, que es lo que se pretende en la demanda. No obstante, es importante reseñar los hitos más relevantes de esta regulación porque en ella se establecen las pautas de deber de información, de modo que marca un listón mínimo en la actuación de las entidades bancarias, superado el cual habrá de concluirse en la existencia de indicios de una adecuada formación del consentimiento. En todo caso, no conviene perder de vista que el carácter sinalagmático del contrato no impide, como ha destacado la jurisprudencia, que deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual, de acuerdo con la norma general del artículo 7 del Código Civil .

Traemos aquí la SAP de Asturias, sección 7, de 26 de septiembre de 2011 , que recoge un preciso análisis de la normativa sectorial que regula la información que el banco ha de transmitir al cliente respecto a los productos y servicios que le ofrece, entendiéndose que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia es esencial para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios, por la necesidad de preservar la eficiencia del sistema y de tutelar al cliente bancario. Las normas más relevantes se encuentran en la ya citada Ley 24/1.988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. El artículo 79 , en su redacción original, establecía como regla básica del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios. Como es sabido, la Ley del Mercado de Valores fue modificada por la Ley 47/2007, para incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/ CE, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. *La introducción de la distinción entre clientes profesionales y minoristas ha servido para extremar las obligaciones de información en las operaciones realizadas con éstos últimos, en los términos regulados en el artículo*

79 bis, que regula exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los clientes potenciales. Así, toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial,

38

clara y no engañosa. A los clientes se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que puedan "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir en la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, teniendo en cuenta las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos y recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos.

Con posterioridad a la reforma de la LMV, el *Real Decreto 217/2.008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión ha reforzado los mismos principios inspiradores de la citada reforma. Su artículo 64*, al regular la información sobre los instrumentos financieros, insiste en incluir en la información que debe facilitarse los riesgos conexos al instrumento financiero de que se trate. El artículo 60 regula las condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa, exigiendo, en primer lugar, que la información sea exacta y no destaque los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible. En segundo lugar, que sea suficiente y se presente de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios. En tercer lugar, que no oculte, encubra o minimice ningún aspecto, declaración o advertencia importantes.

Es necesario traer a colación, en este punto, las Respuestas 118 y 269 (ID 289 y 842 <http://ec.europa.eu/yqol/index.cfm?fuseaction=domain.show&did=6>) emitidas por la Unión Europea respecto de la aplicación de la normativa MIFID a los swaps contratados en conexión con préstamos hipotecarios. Según estas respuestas, el hecho de que el swap de tasas de interés se formalice en un contrato separado y sea independiente del préstamo hipotecario indica que la clasificación del instrumento debe ser independiente del préstamo.

Por otro lado, teniendo en cuenta la clasificación del actor como cliente minorista y la calificación del Clip o swaps como producto complejo, el *artículo 79 bis de la LMV y los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008* obligan a la realización del test de idoneidad y/o de conveniencia, de modo que la entidad bancaria pudiera obtener la información necesaria sobre sus conocimientos y experiencia con la finalidad recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más pudieran convenirle.

De este modo, *la información exigible desde la perspectiva de la normativa de protección de consumidores y usuarios* será, el 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 y otras leyes complementarias, es también de aplicación a este supuesto, ya que el actor es una persona física que ha actuado en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Su artículo

80 establece que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen **cláusulas** no negociadas individualmente, éstas

39

deberán cumplir los siguientes requisitos: a) 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. C) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de **cláusulas** abusivas.

Así, tienen la consideración de **cláusulas** abusivas las definidas en el artículo 82 y, en todo caso, las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y



ejecución del contrato o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. Ahora bien, ha de tenerse presente que el artículo 91 establece que las **cláusulas** abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos, a la resolución anticipada de los contratos de duración indefinida y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros bienes y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el empresario no controle. Por otra parte y desde el punto de vista de la información exigible desde el punto de vista de la formación del cliente, estamos ante una cuestión que ya ha sido abordada en el análisis de la Ley del Mercado de Valores en referencia a los clientes clasificados como minoristas, que es el caso que nos ocupa. Cuando, además de esa clasificación, el cliente no tiene formación ni experiencia en este tipo de productos financieros complejos, es necesario extremar la claridad en las explicaciones ofrecidas e incrementar el control sobre el grado de comprensión del contenido del contrato y de sus riesgos. Esta afirmación es especialmente aplicable a los supuestos en que es el banco quien asume la iniciativa de promover la contratación del producto.

Desde la perspectiva del contenido material de la información que debe facilitar la entidad bancaria es especialmente importante en el capítulo de los riesgos que asume el cliente. Para ello (*SAP Pontevedra, sección 1ª, de 20 de enero de 2012*) es imprescindible la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a o no su interés.

Así, cuando se habla de "previsión razonada y razonable" no se está exigiendo una predicción del futuro, pero es evidente que las entidades bancarias cuentan con previsiones de futuro sobre las que toman decisiones. Estas previsiones pueden ser más o menos fiables, pueden cumplirse en mayor o menor grado, pero lo cierto es que es el banco quien tiene acceso a una variedad de fuentes de información de las que no

40

tiene conocimiento el ciudadano medio. Esta diversidad de fuentes de información es especialmente prolija en el caso del Euribor, no sólo por marcar el tipo de interés de los préstamos interbancarios, sino también por ser el índice al que están referenciadas la inmensa mayoría de las hipotecas.

La obligación de facilitar información sobre los resultados futuros está regulada, por lo demás, en el ya citado *artículo 60.5 del Real Decreto 217/2.008* , en cuanto establece que si la información contiene datos sobre resultados futuros se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos, aunque se deberá advertir de forma visible que las previsiones no son un indicador fidedigno de esos resultados futuros. Los

datos disponibles por el banco sobre el comportamiento a corto o medio plazo de los tipos de interés son ciertamente relevantes a la hora de contratar productos como los swaps, pues de ese comportamiento depende que el producto se ajuste más o menos a las necesidades de cada cliente. La *SAP Asturias, sección 5ª, de 20 abril 2011* resalta una realidad innegable: el banco ostenta su propio interés en el contrato, elige los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo. Estas decisiones no se adoptan sobre el vacío, sino que obedecen a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del Euribor. Los datos de futuro de que dispone el banco sirven también para decidir la promoción de determinados productos en según qué épocas. No se pretende que la entidad bancaria comparta de forma absoluta toda la información de que dispone, pero sí que actúe con lealtad y buena fe cuando, ante una determinada necesidad, que ni siquiera ha sido planteada por el cliente, le puede ofrecer diversos productos que, en función de las circunstancias concretas, se ajusten más a su perfil.

Además, por la especial importancia que el riesgo desempeña en los contratos aleatorios, se requiere una información específica sobre la facultad del banco de resolver anticipadamente el contrato y sobre las condiciones y costes de la resolución unilateral por parte del cliente".

Es decir, sí resulta plenamente aplicable la ley del Mercado de Valores tras su reforma por la ley 47/2007 que expresa: Artículo 79 . "Obligación de diligencia y transparencia. Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo.../..."; artículo 79 bis. Obligaciones de información. 1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. 2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales. 3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información



adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y

41

sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes. La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

Como puede observarse, el legislador específicamente recoge el deber de información de los comercializadores de permutas y derivados, de modo que permita a los clientes comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa, añadiéndose que la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias, lo que, traído al caso de autos necesariamente implica la necesidad de informar sobre todos y cualesquiera riesgos de inversión, es decir, también el riesgo de bajadas del tipo del Euribor y sus concretos costes económicos y específicamente los costes de cancelación del contrato. Definiendo brevemente en esta ya extensa sentencia, qué ha de entenderse por información comprensible, clara y transparente, resultan ilustrativas *las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 9ª, S 26-4-2006 , nº*

168/2006 , rec. 88/2006 . Pte: Martorell Zulueta, Purificación (El Derecho EDJ 2006/305502), y la sentencia del Tribunal supremo de 17-6- 2010, confirmando la anterior (Nº de Recurso: 1506/2006 , Nº de Resolución: 375/2010, Id. Cendoj:

28079110012010100487) que recogen que: "»Es por ello que el análisis debe efectuarse con los parámetros legales apuntados y su interpretación jurisprudencial. El Tribunal Supremo, Sala Primera, en sentencia de 13 de marzo de 1999 - Ponente: O'Callaghan Muñoz, La Ley Juris: 3543/1999 - dice en relación con las condiciones generales de la contratación y el artículo

*5.4 de la L 7/1998, de 13 de abril , que: "...deben ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, lo que significa que deben reunir el doble requisito de legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente". » Siendo así, es de ver que a la **cláusula** controvertida llegamos por el reenvío que se hace en la primera página del contrato de "Depósito de alta rentabilidad" cuando se advertía que el capital no estaba garantizado según las condiciones del anexo, lo que impide una primera percepción de su contenido de forma clara por parte del consumidor. Situada en el anexo al documento se aprecia - como indicara el Juzgador de Instancia en la declaración de hechos probados - que aun siendo la letra utilizada para su redacción superior en tamaño a la utilizada para las condiciones generales de la primera página del documento, sigue siendo pequeña - especialmente para personas de determinada edad -, siendo asimismo su extensión considerable, con uso de lenguaje*

42

financiero específico ("caída de cotización", "precio de cierre", "valor de cierre", expresión de "la diferencia con dos decimales y redondeándose al tercero al alza", "determinación de la comisión mediante cálculos de depreciación"...), y comprensión compleja para quien no se encuentra habituado al manejo de los términos lingüísticos referenciados. Por otra parte, y como se ha destacado con anterioridad, incluso se utilizan indebidamente alguno de ellos como es el caso de la palabra "comisión" con la que en realidad se describe la traslación al cliente de parte de las pérdidas generadas por la compraventa de los valores. Así lo entiende la Comisión Nacional del Mercado de Valores al resolver sobre las reclamaciones efectuadas, indicando expresamente que se hace en el documento "una utilización incorrecta de las palabras" que definen el contrato, y, además, la existencia de contradicciones en el examen conjunto de las condiciones analizadas pues en la **cláusula** O del mismo anexo se establece que "el importe de la imposición será abonado..." en su totalidad al cliente, pese a que en el apartado correspondiente a las "comisiones" a favor de la caja depositaria, se prevé que la recuperación del capital sea inferior al inicialmente invertido. »Es cierto que el texto del Anexo es legible, pero su presentación invita - como ha acontecido en la mayor parte de los casos - a su firma sin lectura, por tratarse de un documento íntegramente impreso, en letra pequeña, distribuido en dos columnas y en el que únicamente se recoge como excepción al contenido impreso un número - identificativo del contrato al que se une - en el encabezamiento, y un espacio para la recogida de las firmas a los suscribientes. Por otra parte, lo



único que se resalta en mayúsculas es el nombre de las acciones de sociedades extranjeras a cuya evolución se vincula, la expresión "Depósitos de Alta Rentabilidad E-..." y el nombre de Caja Rural Valencia, que es lo que se percibe a primera vista por el lector. »

A tenor de lo expuesto, pesando sobre la entidad bancaria la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros como los que constituyen el objeto de la presente litis y ninguna prueba haberse aportado en relación a ello, se ha de estimar incumplida dicha obligación.

Al margen de ello, se fundamenta la demanda en la existencia de error invalidante en el consentimiento prestado por los actores al firmar el contrato, alegando que la información dada sobre el contrato fue incompleta y sesgada, de modo que los actores firmaron el contrato desconociendo el verdadero alcance del mismo, no pudieron valorar y decidir de forma informada.

A este respecto, establece el art. 1262 CC que el consentimiento se manifiesta por el concurso sobre la oferta y aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, habiendo definido la jurisprudencia la causa como la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato, que en los contratos sinalagmáticos está constituida por el dato objetivo del intercambio de las prestaciones (STS de 19-6-2009), siendo así que el consentimiento implica el perfecto entendimiento del aceptante sobre la oferta que se le hace.

43

A la vista de los deberes de información que tenía la demandada Banco Popular, antes analizados, ha de concretarse ahora qué información previa al contrato fue por ella facilitada, partiendo del principio jurisprudencial antes señalado de que es tal entidad financiera la que ostenta la carga de probar el contenido de la información facilitada y, en definitiva, que cumplió sus deberes de dar una información completa y diligente.

Como ya se ha señalado, ninguna prueba han aportado en relación a este extremo, y ello cuando no es un hecho controvertido que los actores son clientes individuales de la entidad, con carácter de minorista, y sin perfil inversor alguno, pues sólo consta el préstamo hipotecario suscrito en

2005, y que por tanto, desconocen los riesgos propios del producto financiero que se le ofrece. Así, se le comercializó el producto como "de cobertura de los tipos de interés", no habiendo acreditado la entidad que explicara al cliente las consecuencias de firmar dicho contrato, pues ni tan siquiera hizo simulación de los costes de cancelación anticipada del contrato, nunca concretó a cuánto podían ascender los gastos de cancelación diciendo que dependían de "la fluctuación del mercado"; no consta haberse efectuado a ninguno de los actores test de conveniencia o idoneidad de carácter financiero.

Así, en este contexto, ha de darse valor probatorio a las afirmaciones que constan en la demanda respecto que la entidad bancaria le ofreció el producto como un seguro insistiendo en su similitud con un seguro, al ser un contrato de "cobertura de tipo", siendo presentado como un aseguramiento frente a las subidas del Euribor. De este modo, ha de concluirse que los actores nunca fueron informado de cuál era la previsión de evolución de Euribor, pues sobre esta cuestión la entidad bancaria ninguna prueba ha aportado, pues no ha probado que cumpliera con su deber de constatar y asegurarse de que el consumidor comprendía de forma plena y correcta el alcance del contrato y los riesgos y costes del mismo, ni se cercioró de que el contrato ofrecido era adecuado para las características financieras e inversoras de los actores.

De este modo, sólo puede concluirse que BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A incumplió su deber de informar expresamente y con claridad de todas las circunstancias que podían afectar a la formación de la voluntad contractual del cliente, entre ellas desde luego conocer con claridad y detalle si el producto financiero les convenía, conociendo los hipotéticos escenarios simulados de subidas o bajadas del Euribor y su efecto sobre el contrato concertado y sobre el préstamo hipotecario al que esta daba supuesta cobertura, y conociendo con certeza las condiciones y costes de la cancelación anticipada, además de la previsión a la baja del euribor, lo que la prueba anterior ha acreditado que no se cumplió, y tal omisión de su deber de informar ha de ser calificado de doloso a los efectos civiles, al ser una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido, por lo que ha de concluirse que en la emisión de la declaración de voluntad de los actores concurrió dolo de la entidad bancaria, que ha de calificarse de grave y sobre lo que era la cosa y la causa del negocio, generándose en los actores un error en su consentimiento de naturaleza

44

esencial e inexcusable, y conforme los arts. 1265, 1266, 1269y

1270 del código civil procede declarar la nulidad del mismo.



En conclusión, procede declarar *la nulidad de plenos derecho del contrato de permuta financiera (swap) suscrito entre las partes contratantes el día 7 de agosto de 2007.*

DÉCIMOSEGUNDO .- Se solicita, además por la parte actora, *la restitución de las prestaciones que hubiesen sido objeto del mismo a tenor de las liquidaciones producidas con los respectivos intereses.*

A este respecto, tan sólo puede ser estimada esta pretensión planteada en los términos expuestos sin que pueda esta Juzgadora extralimitarse en dicho pronunciamiento, pues obviamente la declaración de la nulidad del contrato de permuta financiera suscrito entre las partes el día 7 de agosto de 2007 conllevará inexcusablemente el deber de restituir lo indebidamente percibido por ambas partes y ello de conformidad con el documento de liquidación que obra al folio 48 del procedimiento.

DÉCIMOTERCERO.- Vista la estimación íntegra de la demanda procede la condena en costas a la parte demandada.

Por todo lo anterior,

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. José Antonio Roma Pérez en representación de los cónyuges D. Jesús Ángel y DOÑA Lorena frente a la entidad **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A** y debo declarar y declaro:

1.- Respecto del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre D. Jesús Ángel y DOÑA Lorena con la entidad **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A**, en fecha 6 de mayo de 2005 lo siguiente:

Acuerdo la nulidad del punto 7 relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés, variable ("**cláusula suelo**") al 3'25% al estimarla abusiva.

Condeno a la demandada a eliminar dicha **cláusula** del contrato suscrito entre éstos.

Condeno a la entidad demandada a pasar por esta declaración con los efectos que procedan, condenando igualmente a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la **cláusula suelo**, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario a interés variable suscrito con los demandantes, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado

45

2.- *Respecto del contrato de permuta financiera* suscrito entre D. Jesús Ángel y DOÑA Lorena con la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A, en fecha 7 de agosto de 2007 lo siguiente:

Acuerdo la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito con fecha 7 de agosto de 2007.

Condeno a la entidad demandada a pasar por esta declaración con los efectos que procedan, condenando igualmente a ambas partes a la restitución recíproca de las prestaciones de conformidad con las liquidaciones producidas con los correspondientes intereses legales.

3.- Con expresa condena en costas a la parte demandada.

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

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

Eva María Martínez Gallego,

Magistrada Juez de Primera Instancia nº4 de Orense.

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

46