

Roj: **SJPI 37/2013 - ECLI:ES:JPI:2013:37**Id Cendoj: **32054420042013100003**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Ourense**Sección: **4**Fecha: **13/05/2013**Nº de Recurso: **215/2013**Nº de Resolución: **95/2013**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **EVA MARIA MARTINEZ GALLEGO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SJPI 37/2013,**
SAP OU 147/2014**XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4****OURENSE****SENTENCIA: 00095/2013**

ORDINARIO 215/13

MERCANTIL

SENTENCIA

En Orense, a 13 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 215/13, seguidos ante este Juzgado entre partes, de un lado, como parte demandante, **DOÑA María Purificación y DOÑA Elvira** representados por la Procuradora Sra. María José Conde González y asistidos por el letrado Sr. Jesús Garriga Domínguez contra **N.C.G BANCO S.A** representado por Doña Marta Ortiz y asistido de letrado, ha dictado la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por la Procuradora Sra. María José Conde González en nombre y representación de los actores ya referenciados se presentó demanda de juicio ordinario con fecha 26 de febrero 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 19 de marzo de 2013. Admitida a trámite por Decreto de fecha 26 de marzo 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 23 de abril 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 13 de mayo 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 ; siendo resuelta dicha excepción de forma sucinta en el acto de la Audiencia Previa

sin perjuicio de dejar constancia escrita debidamente fundamentada de los motivos de la desestimación; recurrido en recurso de reposición en el mismo acto, previo traslado a la parte actora se desestimó por los mismos fundamentos de derecho que se señalaron, constando protesta a los efectos de la apelación.

En fecha 13 de mayo de 2013 se dictó por este Juzgado Auto desestimando la excepción procesal de litispendencia de conformidad a lo ya señalado de forma sucinta en el acto de la Audiencia Previa, con los recursos y constancia de protesta ya señalados en el párrafo anterior.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente caso, la parte actora reclama que se declare la nulidad de una de las **cláusulas** de los dos contratos de préstamos hipotecarios suscritos entre las partes; en concreto de la **cláusula** 3ª Bis e):

En concreto del contrato celebrado entre, DOÑA María Purificación y DOÑA Elvira en fecha 29 de abril de 2004 (obrante al folio 52 y ss del procedimiento), relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés, variable ("**cláusula suelo**" en concreto siendo pactado el tipo de interés a Euribor + 0'50%, se fija en la **cláusula** cuya nulidad se insta, que no podrá ser inferior al

3'25% ni superior al 9%), 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, teniéndose por no puesta y condenando a la entidad bancaria a pasar por tal declaración con los efectos que procedan. Todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales.

De este modo, solicitan los actores la nulidad en concreto de la **cláusula** 3º Bis e) de ambos contratos, **cláusula** que es del siguiente tenor:

Contrato de préstamo hipotecario de fecha 29 de abril de 2004; " *no obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al tres coma veinticinco por ciento (3'25%), ni superior al quince por ciento (9%)*".

Señalan los actores que se pactó un tipo fijo durante un año del 3%, y a partir de ese momento el tipo de interés fijado como remuneración del capital prestado sería EURIBOR (índice de referencia variable) a un año, más un 0'50%,(dicho margen o diferencial permanecerá invariable durante toda la vida del préstamo) -**cláusula** 3º bis a); incluyendo

2

posteriormente la **cláusula** 3º bis e) por la que independientemente de cuales fuesen las fluctuaciones del EURIBOR, dicho tipo no pudiera descender por debajo del 3,25%, de manera que se protege con ello a la entidad bancaria frente a la caída del índice de referencia por debajo del concreto límite fijado.

La parte demandante estima que si bien es cierto que existe en dicho contrato de préstamo hipotecario **cláusula** techo, el tipo de interés máximo establecido lo fija la entidad bancaria en el 9%, cuando el interés nunca ha estado por encima del 5%, por lo que considera que dicha **cláusula** es **abusiva** al no ir acompañada de una limitación similar, dentro de los mismos límites- para proteger al consumidor frente a fluctuaciones al alza del EURIBOR, por lo que causa un desequilibrio en perjuicio de éste, desequilibrio que es contrario a la buena fe que debe presidir las relaciones jurídicas entre las partes.

Por otra parte, afirma la parte actora 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.

Por su parte, la entidad bancaria demandada NCG se opone a la solicitud efectuada de contrario. Alega en primer término la excepción procesal de litispendencia que ha sido resuelta debidamente motivada en el acto de la Audiencia Previa y cuya constancia escrita se verifica en el Auto de fecha 13 de mayo de 2013. En relación al fondo del asunto alega que la **cláusula** no tiene la consideración de condición general sino que es un *pacto financiero*, 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 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. Por todo lo anterior, estiman que dicha **cláusula** no es **abusiva** al no haber sido además predisuelta unilateralmente por la entidad bancaria.

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

3

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 de fecha 27 de abril de 2010, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 7 de mayo de 2010, cuyo texto aporta (documento nº 6 de la contestación a la demanda que obra incorporado al folio 181 bis). 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, y por lo demás el propio contrato prevé mecanismos de protección para el consumidor, frente a una eventual subida excesiva de los tipos de interés, como es la **cláusula** techo que se sitúa al 9% 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.

Como ya se ha señalado, la demandada considera que la **cláusula** 3 bis e) del contrato de préstamo hipotecario suscrito no es una condición general, sino un pacto financiero al establecer límites mínimos y máximos, no siendo una **cláusula** predisuelta de conformidad con lo establecido en el art. 1 de la Ley de condición Generales de la Contratación que debe interpretarse en relación a la "imposición" con el art.

3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre **cláusulas** abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Así las cosas, dicha **cláusula** estaría exenta de ser sometida a control jurisdiccional por ser **abusiva**, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13, al referirse a un elemento esencial del contrato, el precio, y contribuir a la determinación del mismo, tal y como ya puso de manifiesto el informe del Banco de España, antes citado. Invoca, en último lugar, que no existe ninguna desproporción ni desequilibrio económico que justifique la nulidad del establecimiento de límites a la variabilidad del tipo de interés y ello si se parte, alega, de los parámetros que son correctos a su juicio, esto es, la duración del contrato, la imprevisible evolución de los tipos de interés hacia el futuro y la evolución en el pasado de los tipos de interés en un periodo temporal equivalente al de duración del préstamo hipotecario. En aras de fundamentar esta alegación, aportan los índices de referencia del Mercado Hipotecario Español desde enero de 1986 (documento nº 5 que obra en cd al folio 181). Concluyen, señalando que ha existido control notarial y consentimiento informado a los demandantes, por lo que solicitan la desestimación íntegra de la demanda con expresa imposición de las costas procesales.

SEGUNDO.- En relación a la excepción de litispendencia alegada por la parte demandada, dejar constancia que ha sido resuelta

4



debidamente motivada en el acto de la Audiencia Previa y cuya constancia escrita se verifica en el Auto de fecha 13 de mayo de 2013 que damos aquí por reproducido para no caer en reiteraciones.

TERCERO.- Analizaremos, en primer lugar, la reclamación tendente a obtener la declaración de nulidad de la **cláusula** contractual a que se refiere la controversia, cuya existencia y contenido no ha sido negada por ninguna de las partes, por lo que debe aplicarse, respecto de tal extremo, lo dispuesto por el art. 281.3 LEC . Dicha reclamación se basa en el art. 8 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación . *El mencionado precepto dispone, en su apartado*

1, que "serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". El apartado 2 establece que " en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ". La referencia debe entenderse hecha al RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, a partir del 1 de diciembre de 2007 (fecha en que entró en vigor), que sustituye y deroga a la mencionada ley.

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

La parte demandada discute, concretamente, que no fue impuesta por ella, puesto que se aceptó libremente por 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

5

meramente aceptado por la otra, incluso aunque alguna disposición en concreto sí se haya negociado, a la que no se aplicará la normativa especial contenida en la Ley citada.

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

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

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



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

QUINTO.- 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 2 de la demanda, al folio 52 y ss) respecto del cual se insta la nulidad de la **cláusula** novena), se verifica sin ningún género de dudas -además de no ser un hecho controvertido entre las partes- que se establece de un lado, un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, de modo que, el impacto de estas **cláusulas** es que se impone al usuario un tipo mínimo de interés fijo cuando los tipos de referencia estén, por una vía o por otra, por debajo de determinados umbrales. Así, la condición general de contratación que es objeto de la presente demanda -cada una en su respectivo contrato-, representan esas dos vías de

6

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 teniendo ambos contratos establecidos además un techo fijado en un 9% 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 las acotaciones al alza (**cláusulas** techo) no tienen virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a incrementos de tipo de interés actual.

SEXTO.- 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** predisuestas, que en su aplicación práctica se concretan en ofertas "irrevocables". Tampoco es un hecho controvertido que se trata de **cláusulas** 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 "[s]on condiciones generales de la contratación las **cláusulas** predisuestas 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

7

trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

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

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



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

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

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

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

Siendo así las cosas y analizando *las condiciones* generales sobre elementos esenciales de los contratos, no podemos olvidar que los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado de negociación conlleva -con el correlativo encarecimiento del producto o servicio que al final repercute en el precio que paga el consumidor o usuario-, unido al elevado volumen de operaciones que se realizan en el desarrollo de determinadas actividades negociales, fue determinante de que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad

8

de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, califica como *"un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico"*.

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

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

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

garantice mediante

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

9

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 **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

10

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

En este punto sólo podemos hacer nuestras las palabras del Pleno del Tribunal Supremo en relación a la prueba de los hechos notorios cuando afirma que "El sistema, ante los insoportables costes que pudiera provocar la desconexión entre la "verdad procesal" y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica *notoria non 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

11

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

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

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

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

2000 afirma que "[...] los servicios financieros son grandes «consumidores» de **cláusulas** contractuales", y, de hecho, la



citada OM de 1994 parte de que el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas. De ahí que imponga determinados deberes de información a las prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura.

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

En idéntico sentido el IBE afirma de forma expresiva en el apartado 3.1. -utilización de **cláusulas** limitativas a la variación- lo siguiente: "[u]n análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de **cláusulas** es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es

12

decir, la decisión de aplicar o no estas **cláusulas** se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente [...] En definitiva, la aplicación de estas **cláusulas** obedece a decisiones individuales de cada entidad".

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

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

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

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

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

, demostrado que determinadas **cláusulas** se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer **cláusulas** que después pueden ser negociadas de forma individualizada, se permite tener por acreditado que las **cláusulas** impugnadas tienen la consideración de **cláusulas** destinadas a ser impuestas, de tal

13



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.

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

14

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

En el hecho controvertido en este procedimiento, se estima acreditado efectivamente la existencia de un contrato de préstamo hipotecario en el que no se establecen **cláusulas** de limitación de la variación del interés pues fija límites mínimos muy similares y máximos idénticos, hecho solo puede permitir considerar que la **cláusula** contenida en la condición

3ª. Bis.e) 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

15

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 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

16

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 n° 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 n° 14).

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

Pues bien, no es este el caso de las "**cláusulas suelo**", ya que la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo

hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de **cláusulas suelo**, 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

17

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 unaregulación 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".

NOVENO-. 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 las escritura de préstamo hipotecario objeto de *litis* se verifica sin ningún género de dudas que respecto la **cláusula** 3ª bis e) establece expresamente que " *No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al 3'25%, ni superior al 9%*". (folio 69), lo que implica una limitación al tipo de interés efectivamente pactado entre las partes contratantes.

Además de ello y siendo la entidad bancaria la que alega haber informado debidamente a los actores y debiendo ésta 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 del préstamo hipotecario la facilitó

18

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 ofertavinculante 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, solo 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 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 Tal efecto, 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.

19

Además, 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 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

20

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 las escrituras aportadas, mediante fotocopia (cuya autenticidad no ha sido impugnada), 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.

DÉCIMO.- 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 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 en la finca propiedad de Doña María Purificación

21

se está construyendo una vivienda unifamiliar aislada para la que constituyen el préstamo hipotecario señalado (folio 60 del procedimiento).

UNDÉCIMO.- 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 un desequilibrio 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 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 2 de la demanda, e *l contrato también contiene una **cláusula***

22

*en virtud de la cual se establece un límite máximo al tipo de interés, de manera que quede protegido, de igual forma, el consumidor, frente a los aumentos del valor del EURIBOR, garantizándole que el precio que debe pagar por el préstamo no asciende por encima de una determinada cota. Siendo ello así, se constata que dicho límite máximo o **cláusula** techo se encuentra establecida en el 9%, lo que supone una clara falta de semejanza entre las acotaciones al alza y a la bajapacticada por la entidad bancaria demandada, pues con la **cláusula suelo** incluida en el contrato, se libera claramente a la demandada del perjuicio consistente en la percepción de un menor ingreso como consecuencia de la extraordinaria reducción verificada en el índice referencial. Así, sólo puede estimarse por esta Juzgadora que el prestatario, por el contrario, 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 por lo desproporcionado del límite que sirve 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 casi ilimitadamente, en perjuicio del consumidor, y en beneficio del banco al haberse fijado un techo muy superior al más previsible, 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 particularmente ventajosas, en atención a la existencia de **cláusula suelo** y principalmente a una **cláusula** techo muy elevada.

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*

23

*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 existir una "**cláusula** techo totalmentedesproporcionada", 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* , invocada por la parte demandante en su demanda, 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 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 buen 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

24

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 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

25

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.

Finalmente debemos añadir el contenido del Informe de valoración aportado en el acto de la Audiencia Previa y que evidencia claramente en su página 49 que la entidad bancaria demandada se decidió por una política de aseguramiento del tipo de interés con mínimos (floor) con el objeto de garantizarse una rentabilidad mínima ante posibles variaciones de los tipos de interés.

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*

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

26

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.

DÉCIMOSEGUNDO.- Trayendo aquí las consideraciones contenidas en la *SAP Madrid de 22 de marzo de 2007*, 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, pues "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, 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

27

bancaria. Dicho desequilibrio puede apreciarse, tal y como hizo la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León ya citada, incluso cuando exista **cláusula** techo como en nuestro caso, si el límite máximo establecido es tan elevado que no protege al consumidor, en la práctica, de la misma forma que a la entidad bancaria. Dicha valoración es meramente jurídica, puesto que atiende al hecho de que la **cláusula** supuestamente protectora del consumidor no es, en la práctica, operativa (a diferencia del **suelo** fijado), por lo que equivale a su inexistencia, y no económica, pues aunque tiene en cuenta el concreto importe del techo fijado, no enjuicia si el mismo es demasiado alto o demasiado bajo, sino si la garantía que ofrece al consumidor equivale a la que ofrece el **suelo** a la entidad bancaria, y concluye, sin necesidad de abordar ningún análisis económico, que no lo es. En el presente caso, en el que 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.

DÉCIMOTERCERO.- 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*,

28

o el art. 1.300 y

pretensión ejercitada

ss Cc). Se

en la demanda.



estima,
pues,
la
primera

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 préstamo hipotecario suscrito en fecha 11 de julio de 2006 suscrito entre las partes y ello siguiendo el *criterio del Pleno de la Sala primera del Tribunal Supremo de fecha 9 demayo 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.

A ello debe añadirse la valoración que hace la Sala en relación al control de transparencia por cuanto en el acto de la Audiencia Previa la parte actora ha señalado expresamente que la **cláusula** cuya nulidad se insta adolece de falta de transparencia.

El Tribunal Supremo señala a este respecto que " El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que " [...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las **cláusulas** [...]", y el artículo 5 dispone que "[e]n los casos de contratos en que todas las **cláusulas** propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas **cláusulas** deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible".

El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las **cláusulas** no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas **cláusulas** se redacten de manera clara y comprensible".

La interpretación *a contrario sensu* de la norma transcrita es determinante de que las **cláusulas** referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

En este sentido apunta el IC 2000, según el cual "[...] el principio de transparencia puede aparecer como un medio para

29

controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando nº 20) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)".

A ello se indica lo señalado por la Sala en relación al doble filtro de transparencia en contratos con consumidores.

Pues bien, de la valoración de la **cláusula** objeto de la presente Litis se ha de señalar que ésta adolece de transparencia al haber creado la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutiría en una disminución del precio del dinero, al existir falta de información suficiente respecto de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; la creación de que el **suelo** tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo (elemento ya analizado anteriormente), la ubicación de dicha **cláusula suelo** entre la cantidad de datos entre los que quedan claramente enmascarada, así como la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Es por ello que dicha alegación de falta de transparencia sólo puede ser estimada.

DECIMOCUARTO.- 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 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

30
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.

DECIMOQUINTO.- 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**. Sin necesidad de entrar en más consideraciones, solo podemos estimar tal pretensión, puesto que, tal y como ha sido formulada, cumple las exigencias del art. 219.1 LEC a diferencia de las sentencias señaladas por la demanda. Y ello, porque conforme a dicho precepto, " cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada [...], no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética ". En consonancia con ello prevé el apartado 3 del mismo artículo que "no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al



tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades". En el presente caso, el suplico de la demanda se solicita expresamente la petición de que se condene a NCG a la devolución a los prestatarios de cantidades concretadas en los documentos 3 Y 4 que ha cobrado la entidad hasta la fecha allí señalada. Así como de cuantas cantidades cobre hasta la resolución definitiva del proceso, como consecuencia de la aplicación de la referida **cláusula**, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro periódico. Se concreta así la cantidad a cuyo pago se solicita que se condene a la demandada, señalando al tiempo las bases con arreglo a las cuáles se efectúa dicha concreción.

31

Así, existiendo petición de parte en tal sentido (con remisión a la documentación aportada para la determinación de la cantidad), a los elementos probatorios aportados a los efectos de determinar las cantidades efectivamente abonadas por éstos -folios a 97 y ss - y folios 115 y ss en cuanto a cuadro de amortización con aplicación de la **cláusula suelo** y sin ella, se hace necesario un pronunciamiento al respecto.

De la valoración de dicha documental y debiendo ser congruente la presente sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, sólo puede estimarse que las cantidades cuya restitución se solicitan se ajustan a derecho, es decir, se *ha de reintegrar la cantidad de 7.987'71 euros*, debiendo inexcusablemente y en coherencia con ello accederse a la pretensión interesada de la entidad demandada debe recalcular y rehacer, excluyendo la **cláusula suelo**, los cuadros de amortización del préstamo hipotecarios a interés variable suscritos con los demandantes, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado y cuya cuantía asciende a 2.868'67 euros a fecha de presentación de 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.

32

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 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 1989, 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

33

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).

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

DECIMOSEXTO.- Vista la estimación íntegra de la demanda, procede, conforme al *art. 394.2 LEC* , procede la condena en costas a la entidad demandada.

Por todo lo anterior,

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. María José Conde González en representación de DOÑA María Purificación y DOÑA Elvira frente a la entidad **N.C.G BANCO S.A** y debo declarar y declaro respecto del contrato suscrito entre DOÑA María Purificación y DOÑA Elvira con la entidad **N.C.G BANCO S .A** , en fecha 29 de abril de 2004 lo siguiente:



Acuerdo la nulidad de la **cláusula** 3º BIS e) relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés, variable ("**cláusula suelo**"), al estimarla **abusiva**.

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

Condeno a la entidad demandada a la devolución de cuantas cantidades haya cobrado de más en aplicación de la misma y que a fecha de presentación de la demanda ascendía a

7.987'71 euros, así como a reintegrar todas aquellas cantidades que es paguen en exceso durante el presente procedimiento en virtud de la aplicación de la referida **cláusula suelo**, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

Condeno igualmente se condene a la entidad demanda a recalcular y rehacer, excluyendo la **cláusula suelo**, los cuadros de amortización de los préstamos hipotecarios a interés variable suscritos con los demandantes, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado y cuya cuantía asciende a 2.868'67 euros a fecha 6 febrero de 2013, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

34

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

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

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

Eva María Martínez Gallego,

Magistrada Juez de Primera Instancia nº4 de Orense.

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

35