



Roj: **SAP PO 2481/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:2481**

Id Cendoj: **36038370012015100431**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2015**

Nº de Recurso: **535/2015**

Nº de Resolución: **429/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00429/2015

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 535/15

Asunto: ORDINARIO 8/15

Procedencia: JUZGADO MERCANTIL Nº 2 DE PONTEVEDRA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMER BELENGUER

D. JACINTO JOSE PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.429

En Pontevedra, a uno de diciembre de dos mil quince.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario de contratación 8/15, procedentes del Juzgado Mercantil nº 2 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 535/15, en los que aparece como parte apelante-demandante: D. Guillermo , D. Carina , representado por el Procurador D. PURIFICACION RODRIGUEZ GONZÁLEZ, y asistido por el Letrado D. JOSE JULIO HEREDERO VILLALBA, y como parte apelada-demandada: BANCO PASTOR, representado por el Procurador D. PEDRO SANJUAN FERNANDEZ, y asistido por el Letrado D. OSCAR JOSE SURIS REGUEIRO, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D.FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ** , quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, con fecha 12 junio 2015, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora, Doña Purificación Rodríguez González, en nombre y representación de don Guillermo y doña Carina , contra BANCO PASTOR SA,



absolviendo a la demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra en la demanda. Se hace expresa imposición de costas a los demandantes."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Guillermo , D. Carina , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En la demanda se ejercita acción de nulidad de condición general de la contratación por abusiva, en atención a la condición de **consumidor** de los demandantes. La sentencia de instancia desestima la demanda precisamente por entender que los demandantes tenían información suficiente, superándose el control de transparencia exigido por la jurisprudencia.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la parte actora.

SEGUNDO .- No se cuestiona la condición de **consumidores** de los demandantes, pero la sentencia de instancia parece que, al estimar acreditado que a los demandados se les entregó previamente una oferta vinculante, que no era obligatoria al superar el préstamo los 150.000 euros, y que el Notario les informó debidamente de la cláusula suelo, ha quedado satisfecha la labor de información y de transparencia necesaria para la validez de este tipo de cláusulas.

La parte apelante concreta su recurso en la inexistencia de la oferta vinculante así como en la insuficiente y parcial lectura que el día de la firma de la escritura llevó a cabo el Notario actuante. Pero en realidad, lo que subyace en el recurso, así como en la propia demanda, es la falta de información sobre la existencia de la cláusula suelo y, sobre todo, de su significado.

TERCERO .- Llegados a este punto, hemos de analizar el fondo de la cuestión planteada por la parte actora en relación a la nulidad de la denominada cláusula suelo. Nulidad de la cláusula que establece una limitación del tipo del interés nominal anual mínimo del 3,250% y que es pretendida por la parte actora al entender que estamos ante una condición general de la contratación, en que se han incumplido los requisitos para su incorporación al contrato, atribuyéndole un carácter abusivo por falta de transparencia en aplicación de la doctrina instaurada por la STS 9 mayo 2013 .

La parte demandada sostiene que se ha facilitado a la parte actora un real conocimiento de la cláusula suelo, que es clara y comprensible. A lo que añade que no ha sido impuesta ni predispuesta por la parte demandada, siendo además proporcionada y equilibrada.

Frente a la tesis de los demandantes, en el sentido de que la cláusula controvertida les fue impuesta sin posibilidad de negociación, la demandada argumenta que tal estipulación no puede ser calificada como condición general de la contratación porque su incorporación al contrato, lejos de ser impuesta por ninguna de las partes, devino fruto una negociación precontractual y libremente aceptada con pleno conocimiento de su contenido y efectos.

El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación , establece el apartado 1º lo que se entiende por "condiciones generales de contratación" a los efectos de aplicación de la Ley: "*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*".

Y el apartado 2º del mismo precepto aclara que "*[E]l 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*".

A la luz de esta norma, la STS de 9 de mayo de 2013 concluye que son requisitos necesarios para considerar que estamos ante 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.



c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, 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.

Asimismo, la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara, primero, que el hecho de que una cláusula se refiera al objeto principal del contrato en el que está insertadas, no es obstáculo para que sea calificada como condición general de la contratación, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico y al revés de lo que sucede en otros, la condición general se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo y no por el elemento al que se refieren (recuérdese que el art. 4 apartado 2º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, dispone que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula 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, por otra); segundo, que 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, no obligaría a ninguna de las partes; y, tercero, que el cumplimiento por el profesional de los deberes de información, sean los generales o los exigidos por la normativa sectorial, no excluye la naturaleza de condición general de la contratación.

El art. 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, si bien podemos tomar como referencia lo dispuesto en materia de condiciones insertas en contratos con **consumidores**.

Así, el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, establece que "[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".

Y el art. 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, reitera que "[S]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente..."

El elemento determinante para constatar la naturaleza "impuesta" de una cláusula es, pues, la ausencia de una negociación individual que permita al **consumidor** influir en su supresión, sustitución o modificación de su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

Y esa "imposición" no desaparece por el hecho de que el empresario formule y el **consumidor** pueda elegir entre distintas de ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación en orden a la individualización o singularización del contrato, ya procedan del mismo empresario o se trate de diferentes ofertas de distintos empresarios, ya que el art. 1 LCGC no exige que la condición forme parte de todos los contratos que se suscriban, sino que se incorporen a "una pluralidad de contratos".

Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho de que el contratante o adherente haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual.

Podría discutirse si es necesario que el adherente asuma la iniciativa o, al menos, adopte una posición activa, en el sentido de oponerse formalmente a la cláusula en cuestión o a parte de su contenido. Pero esta interpretación, sostenida en su día por la jurisprudencia con base en la redacción inicial del art. 10 de la Ley General para la Defensa de **Consumidores** y Usuarios (cfr. la STS de 20 de noviembre de 1996), carece hoy de fundamento en cuanto que la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no exige la inevitabilidad, sino que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de prueba de los hechos notorios (cfr. SSTS de 2 de marzo de 2009, 9 de marzo de 2009, 18 de noviembre de 2010 y 9 de mayo de 2013), como el resultado de la prueba practicada en el supuesto de que se trate.

Es verdad que el art. 1 LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas, pero, como destaca la STS de 9 de mayo de 2013, dicha previsión, expresamente recogida en el art. 1 del proyecto, fue suprimida por entender que la empresa que afirme que una cláusula ha

sido objeto de negociación individual asume la carga de la prueba, por lo que, 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, cabe dar por probado que " *las cláusulas impugnadas tienen la consideración de cláusulas destinadas a ser impuestas, de tal forma que, en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente* ".

A la vista de estas consideraciones, no hay duda de que la cláusula discutida integra el concepto de condición general de la contratación.

CUARTO . - En relación al carácter abusivo de la cláusula suelo, esta no es abusiva, y por tanto nula, por falta de transparencia, sino porque, si bien cumple las exigencias de transparencia requeridas por el art. 7 LCGC para su incorporación al contrato (primer nivel de transparencia o control de inclusión), no permite que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo (segundo nivel de transparencia o control de comprensibilidad real), y es precisamente esta circunstancia la que permite entrar a valorar si la cláusula ocasiona, en perjuicio del **consumidor** y en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato.

Dicho de otra manera, el control de abusividad no cabe respecto a las cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato, como es el caso, siempre que se redacten en términos claros y comprensibles, y, sensu contrario, cuando no sean transparentes podrán ser objeto de análisis desde el punto de vista de la abusividad.

Si la cláusula no cumple las exigencias previstas en los arts. 5 y 7.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (primer nivel de transparencia o control de inclusión), se tendrá por no puesta. Si las supera, habrá que estudiar el grado de comprensibilidad real en los términos expuestos, de manera que, en caso positivo, tratándose de una cláusula referida al objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio o retribución, por una parte, y a los bienes o servicios que se entregan como contrapartida, por otra, quedará excluido el control de abusividad, el cual procederá en caso contrario.

En todo caso, que una cláusula sea clara y comprensible no supone que sea equilibrada y que beneficie al **consumidor**, sino que, en caso de que se describa o defina el objeto principal del contrato, no cabrá el control de abusividad, que sí será posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieran al objeto principal del contrato. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que la cláusula sea desequilibrada y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del **consumidor**.

En este sentido, como declaró la STS de 9 de mayo de 2013 , nos hallamos ante una cláusula referida al objeto principal del contrato en tanto que forma parte inescindible del precio y cumple una función definitoria o descriptiva esencial (cfr. el párrafo 190), por lo que, como regla, no puede examinarse la abusividad de su contenido, aunque ello no supone que no se les someta al doble control de transparencia (cfr. párrafos 196 y 197).

El primer filtro del control de transparencia viene dado por la fórmula de incorporación al contrato. Así, el art. 5.5 LCGC establece que "[L]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez "- y el art. 7 LCGC dispone que "[N]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (...); b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (...)" .

La lectura de la cláusula recogida en el apartado 3.4 de la estipulación tercera bis relativa a los intereses, lleva a concluir que, en sí misma, la cláusula es clara: las partes acuerdan y pactan que, con independencia de las previsiones anteriores sobre la variación del tipo de interés, en todo caso el préstamo devengará un interés mínimo del 3,250%.

La parte apelante dedica parte de su recurso a cuestionar el hecho de que la parte demandada le hubiera entregado antes de la celebración del contrato, una oferta vinculante en relación a la Orden Ministerial de 5

de mayo de 1994. Sin embargo, en realidad tal cuestión carece de especial relevancia para la resolución de la controversia, especialmente cuando ni siquiera era obligatoria en función de la cuantía del préstamo.

La STS de 9 de mayo de 2013 señala a este respecto que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los **consumidores** contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, " *garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor* ".

Pero lejos de imponer una determinada forma o mecanismo de información precontractual, lo que la sentencia establece es que, en el caso de cumplirse las exigencias previstas en la repetida Orden Ministerial, se entiende que, en principio, la cláusula supera el filtro de inclusión o incorporación, mas ni ello implica que el incumplimiento de tales requisitos comporte que la norma no sea transparente en el sentido de clara y comprensible, ni que su cumplimiento garantice siempre la transparencia de la norma, sino que habrá que analizar las circunstancias concurrentes en cada caso.

De todas formas, la cláusula litigiosa es clara y comprensible desde el punto de vista lingüístico y gramatical. Cuestión distinta es que sea comprensible en el sentido de que exponga de manera transparente el funcionamiento del contrato de forma que un **consumidor** medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso, pudiera evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas y jurídicas derivadas a su cargo; pero esta cuestión afecta al segundo control de transparencia, no al primer control o control de incorporación, que en principio no suscita mayores dudas.

Por ello la cuestión se reconduce en realidad al segundo nivel o filtro, a saber, el control de comprensibilidad real. En relación a este control señaló la STS 9 mayo 2013 que debe atenderse a la irrelevancia de la equidistancia entre cláusula suelo y cláusula techo; a la información suficiente sobre la carga económica (sacrificio patrimonial) y la carga jurídica (definición de su posición jurídica y distribución de riesgos); el entorno contractual próximo; las simulaciones mediante diversos escenarios; la conversión del préstamo en interés fijo; o la información previsible del comportamiento del índice de referencia al menos a corto plazo. La STS de 8 septiembre 2014 profundiza en este control de transparencia y lo incluye como parte integrante del control general de abusividad.

En el caso enjuiciado en modo alguno se acredita que se proporcionara esa comprensibilidad real que forma parte del segundo control de transparencia, por lo que estamos ante una cláusula abusiva, en los términos previstos en los arts. 3.1 de la Directiva 93/13 y 82.1 del texto refundido de la LGDCU, y, consecuentemente, procede declarar su nulidad en aplicación del art. 6.1 de la Directiva y del art. 83 del texto refundido.

QUINTO . - Finalmente queda la cuestión relativa a si la declaración de nulidad tiene, o no, efectos retroactivos. Sobre esta cuestión, objeto de discusión aún en la actualidad y con pronunciamientos contradictorios en las distintas Audiencias Provinciales, este Tribunal se ha inclinado por la no producción de efectos retroactivos absolutos, siguiendo así lo establecido por el TS en su sentencia de Pleno de 9 mayo 2013 .

Las dudas ya expuestas por esta Sala han sido definitivamente resueltas, por ahora, en la reciente STS de 25 de marzo de 2015 cuyo criterio conforma Jurisprudencia tanto en el ejercicio de acciones colectivas como individuales en el caso que nos ocupa, establece el efecto retroactivo de la sentencia a la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 , señalando en su fundamento jurídico décimo que:

"si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia.

Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013 , reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada".

Teniendo en cuenta lo anterior, la nulidad tiene efecto a partir del 9 de mayo de 2013.

SEXTO.- No ha lugar a especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

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

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Guillermo y Doña Carina contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil 2



Pontevedra, revocando la misma y en su lugar estimar parcialmente la demanda interpuesta aquellos contra BANCO PASTOR S.A., declarando la nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo de 26 abril 2005 que figura en la cláusula tercera bis apartado 4, con efectos desde el 9 de mayo de 2013.

Todo ello sin especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ