



Roj: **SJM VA 2824/2015 - ECLI:ES:JMVA:2015:2824**

Id Cendoj: **47186470012015100168**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **03/12/2015**

Nº de Recurso: **521/2015**

Nº de Resolución: **371/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JAVIER ESCARDA DE LA JUSTICIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **JDO. DE LO MERCANTIL N. 1**

### **VALLADOLID**

SENTENCIA: 00371/2015

### **JUICIO ORDINARIO 521/2015 E**

#### **SENTENCIA Nº 371/2015**

En Valladolid, a tres de diciembre de 2015.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Javier Escarda de la Justicia, Magistrado Juez titular del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Valladolid, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO sobre nulidad de condición general de contratación y reclamación de cantidad, seguidos ante este Juzgado bajo el número 521/2015, a instancia de el/la procurador/a de los Tribunales don/doña Carmen López de Quintana, en nombre y representación de don Imanol , bajo la dirección letrada del Sr. Butler Coca, frente a BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A, representada por el/la procurador/a don/doña Javier Gallego Brizuela, bajo dirección letrada de la Sra. Barrero Cantalapiedra, ha dictado

*en nombre de S.M el Rey*

la presente resolución en virtud de los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** . El/la Procurador/a, D/Dª Carmen López de Quintana, en nombre y representación de don Imanol , bajo la dirección letrada del Sr. Butler Coca, mediante escrito que, dada la materia mercantil, correspondió a este Juzgado, presentó demanda de juicio ordinario frente a BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A ejercitando acción de nulidad de la cláusula de tipo mínimo de interés (suelo), contenida en la escritura de compraventa con subrogación, novación y ampliación de préstamo hipotecario de 5 de agosto de 2005, que reza así: "Sin perjuicio de lo anterior, las partes acuerdan que, el tipo de interés aplicable en cada momento, independientemente del que resulte conforme a la revisión efectuada, *en ningún caso será inferior al dos coma setenta y cinco por ciento (2,75%) nominal anual* ", con subsistencia del resto del contrato de préstamo, reintegrando las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la misma, con el interés legal desde cada uno de los abonos desde la STS de 9 de mayo de 2013 , incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia que se dicte, peticionando subsidiariamente la no incorporación.

Con imposición de costas a la demanda.

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



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

**CUARTO** .- La audiencia previa se celebró el 3 de diciembre de 2015 en el que se propuso y admitió tan solo prueba documental por lo que de conformidad con lo dispuesto en el art.429.8 LEC , tras las conclusiones quedó visto para sentencia.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** . Se peticiona por la parte actora la nulidad de la cláusula de tipo mínimo de interés (suelo), contenida en la escritura de compraventa con subrogación, novación y ampliación de préstamo hipotecario de 5 de agosto de 2005, que reza así: "Sin perjuicio de lo anterior, las partes acuerdan que, el tipo de interés aplicable en cada momento, independientemente del que resulte conforme a la revisión efectuada, *en ningún caso será inferior al dos coma setenta y cinco por ciento (2,75%) nominal anual* ", con subsistencia del resto del contrato de préstamo, reintegrando las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la misma, con el interés legal desde cada uno de los abonos desde la STS de 9 de mayo de 2013 , incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia que se dicte, peticionando subsidiariamente la no incorporación.

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

**SEGUNDO** . En primer lugar, hemos de señalar que la parte demandante tiene la condición de consumidora que invoca de acuerdo con el art.1 de la Ley 26/1984 de Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, vigente en el momento de contratar ( 2. A los efectos de esta ley , son **consumidores** o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.)

De acuerdo con el art.8.2 LCGC ("2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un **consumidor**, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios.)

Conforme al art.82 LGDCU : "1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del **consumidor** y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

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

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

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

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

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del **consumidor** y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al **consumidor** y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,



- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable."

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

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

- a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.
- b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.
- c) Que el desequilibrio perjudique al **consumidor** -en este extremo, en contra de lo que insinuaba el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario."

Sobre la imposición de las cláusulas señala:

- a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el **consumidor** no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.
- b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.
- c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.
- d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los **consumidores**, recae sobre el empresario.

Ahora bien la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los **consumidores**, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que "la calificación como contrato de adhesión (...) no provoca por ello mismo su nulidad".

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

"189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

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

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

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

La OM de 5 de mayo de 1994 (vigente hasta el 29 de abril de 2012 al ser derogada por la letra b) de la disposición derogatoria única de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (B.O.E. de 29 octubre)), regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los **consumidores** que comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública



por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

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

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

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

Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al **consumidor** y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esa Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la " *carga económica* " que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la *carga jurídica* del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

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

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

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

213. En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el **consumidor** está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".

215. Sentado lo anterior cabe concluir:

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

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

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

"Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el **consumidor**, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.

218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del **consumidor** sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial



del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del **consumidor**.

219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del **consumidor** y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo....

221. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiaemente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el **consumidor** como relevante al objeto principal del contrato.

...

## 2.2. Conclusiones.

223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas - generales o particulares- de los suscritos con **consumidores**.

224. Lo *elevado del suelo hacía previsible* para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas", de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza .

225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del **consumidor**.

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

"236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que *"el carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa"*.

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

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

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

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

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



245. En definitiva, la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos imponen entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos. Más aún, las SSTs 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007 ; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007 , mantuvieron la posibilidad de cláusulas abusivas precisamente en contratos de préstamo.

#### 2.4. Conclusiones.

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

- a) Debe referirse al momento de la litispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes.
- b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto **consumidor** adherente.
- c) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación.
- d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

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

250. En efecto, que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al **consumidor**. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describan o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad -este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-.

De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas.

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

252. Tampoco la norma española contiene especiales precisiones de que qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales -su incorporación a pluralidad contratos con **consumidores**- y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva.

253. Antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el **consumidor** medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el **consumidor** confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto.

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

Sobre la licitud de las cláusulas suelo:

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



de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

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

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

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

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

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

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

...

Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el **consumidor** y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13 , declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el **consumidor**, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese **consumidor** pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

La STS de 24 de marzo de 2015 no sólo reitera sino que aclara la de 9 de mayo de 2013 señalando:

"Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio...

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el **consumidor** en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación...



La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del **consumidor**, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con "cláusula suelo" en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al **consumidor** de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado".

**TERCERO** . Hemos de partir de que la redacción de la cláusula en cuestión es clara, concreta y sencilla, en idéntico sentido Auto de la A.P de Valladolid de 7 de marzo y 18 de septiembre de 2014 , de manera que pasaría el primer filtro o control de transparencia, el control de inclusión documental de la cláusula conforme a los artículos 5 y 7 LCGC conforme a los artículos 5 y 7 LCGC, mas no el de comprensibilidad de un **consumidor** medio como luego veremos.

Reza así: "Sin perjuicio de lo anterior, las partes acuerdan que, el tipo de interés aplicable en cada momento, independientemente del que resulte conforme a la revisión efectuada, *en ningún caso será inferior al dos coma setenta y cinco por ciento (2,75%) nominal anual* " .

Se trata de una condición general aunque afecte a un elemento esencial, predispuesta por el empresario e impuesta (al menos no se acredita lo contrario por quien tenía la carga de su prueba ex art.217.3 LEC ) de suerte que, como refiere la parte demandante, no ha sido negociada. Mas ello por sí solo no determinaría la nulidad.

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

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

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

Pues bien, en el presente caso (y no olvidemos que la carga de la prueba recae sobre la entidad demandada ex art.217.3 LEC ) no hay prueba de que se haya suministrado información siquiera mínima al cliente, dado que se ha traído como testigo al empleado de la entidad que tramitó el préstamo.

Pese a no ser formalmente de aplicación la Orden de 1994 por tratarse de subrogación de un préstamo a promotor (aunque tampoco lo excluye dicha norma) y dado el capital prestado (156.000 €), ello no exime al banco de proporcionar una información adecuada, máxime como en este caso en que tiene una intervención activa concediendo la subrogación y novando el préstamo.

Pues bien, no hay simulación de "escenarios diversos" relativos a las hipotéticas variaciones del tipo de interés, folleto informativo, oferta alternativa con comparativa de costes, ni consta oferta vinculante.

Por otra parte, la mera lectura por el notario de la escritura no supone información adecuada.

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

"En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que *la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia* ."

Señala la STS de 24 de marzo de 2015 :

"Por último, la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el **consumidor** revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada."

La cláusula, si bien tiene un apartado específico, aparece "disimulada" tras multitud de datos (bonificaciones), sin destacarse ni en mayúsculas ni negrita, tan solo parcialmente subrayada.





No supera en consecuencia el control de transparencia real en el sentido de comprensión por el **consumidor** del verdadero reparto de riesgos que deriva de la inclusión de la cláusula de acotación mínima a la variabilidad del tipo de interés.

Incluso el informe del Banco de España (doc.10 de la demanda) refiere que el comportamiento de la entidad no es acorde a las buenas prácticas bancarias.

Por todo lo anterior procede la estimación íntegra de la demanda.

**CUARTO** . En materia de costas, siendo íntegramente estimada la demanda (pues los efectos se entienden solicitados desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 , a la que se remite la STS de 25 de marzo de este año ) procede ex art.394 LEC hacer expresa imposición de costas.

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

## FALLO

Que **ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por el procurador/a don/doña Carmen López de Quintana, en nombre y representación de don Imanol , contra BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A, **DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD** de la cláusula de tipo mínimo de interés (suelo), contenida en la escritura de compraventa con subrogación, novación y ampliación de préstamo hipotecario de 5 de agosto de 2005, que reza así: "Sin perjuicio de lo anterior, las partes acuerdan que, el tipo de interés aplicable en cada momento, independientemente del que resulte conforme a la revisión efectuada, *en ningún caso será inferior al dos coma setenta y cinco por ciento (2,75%) nominal anual* ", con subsistencia del resto del contrato de préstamo, reintegrando las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la misma, con el interés legal desde cada uno de los abonos desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 , incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia.

Las costas se imponen a la demandada.

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

Llévese el original al libro de sentencias.

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

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