



Roj: **SJM BI 3288/2015 - ECLI:ES:JMBI:2015:3288**

Id Cendoj: **48020470022015100256**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **02/01/2015**

Nº de Recurso: **552/2014**

Nº de Resolución: **11/2015**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **MARIA BEGOÑA MERINO JUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE BILBAO**

**BILBOKO 2.ZK.KO MERKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA**

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta - C.P./PK: 48001

TEL.: 94-4016688

FAX: 94-4016969

NIG PV/ IZO EAE: **48.04.2-14/017008**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **48.020.47.1-2014/0017008**

Procedimiento / *Prozedura* : **Proc.ordinario / Prozedura arrunta 552/2014 - F**

Materia: **CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**

Demandante / *Demandatzailea* : **Alexis y Agueda**

Abogado / *Abokatua* : **ANE MIREN MAGRO SANTAMARIA y ANE MIREN MAGRO SANTAMARIA**

Procurador / *Prokuradorea* : **MARIA JOSE GONZALEZ COBREROS y MARIA JOSE GONZALEZ COBREROS**

Demandado / *Demandatua* : **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A**

Abogado / *Abokatua* :

Procurador / *Prokuradorea* : **ALFONSO LEGORBURU ORTIZ DE URBINA**

**SENTENCIA Nº 11/2015**

**JUEZ QUE LA DICTA** : **Dª BEGOÑA MERINO JUEZ**

**Lugar** : **BILBAO (BIZKAIA)**

**Fecha** : **dos de enero de dos mil quince**

**PARTE DEMANDANTE** : **Alexis y Agueda**

**Abogado** : **ANE MIREN MAGRO SANTAMARIA y ANE MIREN MAGRO SANTAMARIA**

**Procurador** : **MARIA JOSE GONZALEZ COBREROS y MARIA JOSE GONZALEZ COBREROS**

**PARTE DEMANDADA** **BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A**

**Abogado** : **JAVIER FUENTES**

**Procurador** : **ALFONSO LEGORBURU ORTIZ DE URBINA**

**OBJETO DEL JUICIO** : **CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que por la Procuradora Sra. GONZALEZ en nombre y representación de D. Alexis y D<sup>a</sup>. Agueda , se presentó en fecha 13 de junio de 2014 demanda de juicio ordinario, sobre acción de nulidad de condición general de la contratación, contra la entidad BANCO DE CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.U, en la que tras establecer los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, terminó solicitando se dictara sentencia de conformidad con el suplico de la demanda .

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada por decreto de 2 de julio de 2.014, emplazando al demandado para que en el término de veinte días compareciese y contestase a la demanda por escrito por medio de procurador con asistencia de letrado, bajo apercibimiento de que de no verificarlo sería declarado en situación de rebeldía procesal.

**TERCERO.-** Por el procurador Sr. LEGORBURU en nombre y representación de la entidad BANCO DE CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.U presentaron escrito dentro del plazo establecido. Por diligencia de ordenación de fecha 19 de septiembre de 2.014 y cumplidos los requisitos de capacidad, representación y postulación procesal exigidos en la LEC, se tuvo a dicha parte demandada por comparecida y por contestada la demanda.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 414.1 LEC se convocó a las partes a una audiencia previa al juicio, señalándose para su celebración el día 21 de octubre de 2.014, citando a las partes con las prevenciones legales.

**CUARTO.-** En tal acto la parte actora se afirmó y ratificó en su pretensión y solicitó el recibimiento del pleito a prueba.

La demandada, se ratificó en su contestación a la demanda y tras establecer los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, terminó solicitando se dictara sentencia por la que se desestimase la demanda.

**QUINTO.-** Recibido el juicio a prueba por la parte actora se propuso la prueba documental y testifical, siendo declarada pertinente; por la parte demandada se propuso la prueba de documental e interrogatorio, siendo declarada pertinente.

**SEXTO.-** Admitidas las pruebas pertinentes se procedió a su práctica con el resultado que obra en autos, quedando las actuaciones a la vista con citación de las partes para sentencia.

**SEPTIMO.-** En la sustanciación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

## HECHOS PROBADOS

1.- D. Alexis y D<sup>a</sup>. Agueda contrataron, para su exclusivo uso, con la entidad BANCO DE CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.U un préstamo hipotecario, en fecha 20 de septiembre de 2005, para la adquisición de vivienda habitual, por un principal de 209.000 euros, duración 32 años, tipo de interés nominal anual aplicable durante el primer año de vigencia del préstamo 2,99%. A partir de dicho plazo, el tipo de interés nominal aplicable se fijará, al inicio de cada sucesivo periodo anual adicionando un diferencial de 0,85 puntos porcentuales al índice de referencia denominado Euribor Hipotecario.

Los demandantes son personas ajenas al sector financiero. No fue presentada ni se firmó oferta vinculante. El clausulado del contrato suscrito no fue negociado, fue presentado por la demandada redactado de modo unilateral. El contrato suscrito presenta un importante desequilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes en contra de las exigencias de la buena fe.

2.- En la cláusula tercera, del préstamo hipotecario de fecha 20 de septiembre de 2.005, intereses, establece el tipo de interés nominal anual aplicable durante el primer año de vigencia del préstamo 2,99%. En la cláusula tercera bis, revisión del tipo de interés, establece que a partir de dicho plazo, el tipo de interés nominal aplicable se fijará, al inicio de cada sucesivo periodo anual adicionando un diferencial de 0,85 puntos porcentuales al índice de referencia denominado Euribor Hipotecario. Se añade, sin que, en ningún caso, el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior a 2,95%.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En la presente demanda se ejerce la acción individual de nulidad prevista en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) de la conocida como "cláusula suelo" .



La declaración de nulidad se interesa respecto de la estipulación a la limitación a la variación del tipo de interés inserta en la cláusula tercera bis, de la escritura de préstamo hipotecario otorgada entre la parte actora y la mercantil demandada en fecha 20 de septiembre de 2.005, ante el Notario del Ilustre Colegio de Bilbao D. Antonio José Martínez y D. María Jose Basterra Pinilla. Se establece en la citada cláusula: "¿sin que, en ningún caso, el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior a 2,95%. ¿".

Se alega que se fija por parte de la entidad prestamista y sin consentimiento de la parte actora la cláusula suelo o límite a la variación del tipo de interés. Tampoco ha resultado firmada oferta vinculante alguna relativa al contrato de préstamo hipotecario. No recibieron documento análogo alguno ni información verbal por parte de la entidad con respecto a la existencia de la cláusula techo/suelo. El préstamo hipotecario se encuentra conformado por condiciones unilateralmente impuestas por la propia entidad bancaria, no existiendo en el presente caso margen de negociación a lo largo de la tramitación del citado préstamos. La cláusula suelo/techo fijada, coincide con la que la entidad demandada fija para casi la totalidad de los contratos de préstamos, no siendo por tanto condiciones previamente negociadas. El Notario interviniente se limitó a reproducir la minuta-modelo preconcebida y facilitada anticipadamente por el banco. El contrato no ha sido objeto de negociación individual entre las partes. No cumplen la cláusula el doble control de transparencia. Carácter abusivo de la cláusula.

**SEGUNDO.-** La entidad demandada BANCO DE CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.U se opone a las pretensiones ejercitadas alegando no ser cierto que se fijara la cláusula sin consentimiento de la parte actora. La claridad de la cláusula es meridiana y de fácil comprensión. No fue fijada de forma unilateral, interviniendo los actores de forma activa y libremente en la concreción y acuerdo de las condiciones del préstamo hipotecario. Fueron perfectamente conocedores del contenido del contrato y consistieron el mismo. Se cumplen los requisitos de control de doble transparencia. La lectura de la cláusula es claramente comprensible y transparente. No carácter abusivo de la cláusula suelo. Los demandantes expusieron y declararon que la entidad bancaria había efectuado la oferta vinculante del préstamo y les había comunicado su derecho a examinar el proyecto de la escritura. El Notario explicó adecuadamente a los actores el contenido del documento público que iba a ser suscrito. No nos encontramos ante con el típico préstamo hipotecario, sino que por sus características tuvo que ser conocido y consensuado con los prestatarios. La figura de la cuota máxima elegida por los actores es más favorable para los mismos, les permite limitar la cuota y ampliar la duración de la amortización del préstamo diez años más de los inicialmente pactados.

**TERCERO.-** En cuanto a los hechos discutidos, en juicio depuso como testigo, D<sup>a</sup>. Rocío , que intervino como gestor, explicando los productos que ofrece la entidad bancaria, sus condiciones, recopilando la documentación necesaria, siendo finalmente el director de la sucursal, quien fina las condiciones finales del contrato de préstamo hipotecario. La Sra. Rocío manifestó que explicó las condiciones del préstamo que son inamovibles, luego difícilmente pueden ser objeto de negociación. No recuerda con exactitud el caso en concreto, ni qué tipo de hipoteca se ofreció a los actores, al igual que si les pudo ofrecer otros productos bancarios de la entidad. Tampoco recuerda sin les dijo que adquiriendo ciertos productos bancarios les podría bajar la cuota. Reitera no recordar si explicó la cláusula suelo. Nada puede decir sobre la existencia o no de oferta vinculante.

En lo que respecta a la testifical de D. Maximino , director de la sucursal, afirma conocer que los actores, que no lo han negado, acudieron a otras entidades bancarias a pedir información, en concreto a La Caixa, sin embargo se desconoce por el testigo que tipo de condiciones se les ofrecía en la misma, sin el préstamo hipotecario incluía o no cláusula suelo. Si bien, añade, que los préstamos hipotecarios que se ofrecieron, en la sucursal, incluían cláusula suelo. Dice que se les ofreció una "hipoteca joven tranquilidad", con dos tramos diferenciados por la edad del peticionario, hasta cumplir los 35 años (durante un plazo de siete años en el supuesto de autos), pago de una cuota fija, más 2,5% de incremento. Tras cumplir la edad de 35 años, posibilidad de la hipoteca, plazo amortización, veinticinco años o diez años más, siendo necesario la contratación de una serie de productos bancarios, los cuales no variaban la cuota fija del principio. No se les ofreció ningún otro préstamo alternativo. De forma genérica contesta que se hacían simulaciones con todos los clientes, pero no recuerda el caso en concreto ni se aportan las que se pudieron realizar en su caso. Igualmente, de forma genérica, dice que a todos los clientes les llamaba para revisar el contrato de préstamo hipotecario antes de ir a la notaría, pero en concreto el supuesto de autos no recuerda, no sabe si acudieron a revisar el borrador antes de la firma en la notaría. Afirma, eso sí que se les hizo entrega a los actores de la oferta vinculante, si bien no ha sido aportada. Les explicó la cláusula suelo y la cuota máxima que siempre es en beneficio del cliente. Finalmente manifiesta que en la notaría se explicó todo como siempre se hace.

No obran en autos las diferentes proposiciones de préstamo realizadas a los demandantes, donde se oferten distintos productos con distintos tipos de interés, con o sin límites a la variación, distintos diferenciales que aplicar al Euribor, distintos plazos de amortización etc. Tampoco se aportaron las simulaciones realizadas



sobre la evolución del Euribor y repercusión de la cláusula techo en la vida del préstamo. No se aporta oferta vinculante.

Los demandantes Sra. Agueda y Sr. Alexis, manifestaron en su interrogatorio que habían acudido a otras entidades bancarias a pedir información. En la entidad demandada hablaron con Rocío y Maximino, el director. Les ofrecieron una hipoteca joven tranquilidad. Hasta cumplir los 35 años un interés fijo. Tras cumplir 35 años otra hipoteca diferente, con cuota variable. Existían vinculaciones obligatorias, tuvieron que contratar una serie de seguros. No les ofrecieron otro préstamo diferente, con otras condiciones. Contrataron con la demandada porque era la cuota más baja que tenían que pagar al mes. No les hablaron de la cláusula suelo. No se realizaron simulaciones, solo calcularon la cuota mensual. Antes de la firma en la notaria no les avisaron para poder analizar el borrador de la escritura de préstamo hipotecario. En la notaria leyeron sin más y firmaron.

En consecuencia, careciendo de soporte documental alguno, la falta de concreción de la información ofrecida, los testigos hablan de las explicaciones habituales en este tipo de préstamos. No consta que se les entregara y firmara la oferta vinculante, si bien se hace constar en la escritura (Exponiendo quinto), en modo alguno ha sido aportada por la entidad bancaria. Tampoco consta que efectivamente hayan sido informados los actores con tres días de antelación de su derecho a examinar el borrador del contrato de préstamo hipotecario antes de la firma en la notaria, ni tan siquiera lo puede asegurar el director de la sucursal, limitándose a decir que consta en la escritura. No recuerdan los testigos nada en concreto, afirmando que "es lo que se hace con todos los clientes", pero no concretando en el supuesto de los hoy actores. Solo se realizan simulaciones de la cuota inicial del préstamo, pero no sobre la cláusula suelo. Los siete primeros años del préstamo la cuota fue fija, si bien después, pese a contratarse un interés variable, Euribor más un diferencial del 0,85%, se aplicó el límite del 2,95%. Todo ello conlleva a la no acreditación de una negociación específica sobre el extremo analizado, desprendiéndose la realidad consistente en que la entidad demandada ofrecía un préstamo que debía contener obligatoriamente la cláusula impugnada, sin otra alternativa que no contratar con ella, puesto que tampoco se les ofrecen otros productos. Además, las condiciones las establece la entidad, que como dicen los testigos, son inamovibles, luego claramente no hay negociación, y no así por el hecho de haber consultado con anterioridad en otras entidades los actores, desconociendo incluso los testigos que condiciones les ofrecieron, en concreto en La Caixa. Además en las fechas del presente contrato de préstamo, la citada cláusula se incluía en todas las hipotecas, fundamentalmente a particulares, durante los años de los contratos firmados y posteriores, se contrataron un gran número de préstamos hipotecarios, todos ellos con las mismas condiciones. Ninguna información clara se efectuó sobre las condiciones del préstamo hipotecario, ni en la entidad bancaria ni en la firma en la notaria, especialmente en lo que respecta a la cláusula impugnada. En definitiva, no se prueba la existencia de información específica alguna sobre lo que suponía la cláusula suelo, su incidencia en la vida del contrato, ni ninguna suerte de simulación de eventuales variaciones de la misma.

**CUARTO.-** Determinar si la "cláusula suelo - techo" que nos ocupa debe ser considerada una "condición general de la contratación" o "cláusula no negociada individualmente", y por tanto sometida a la Ley 7/1998 de 13 de abril, de CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN y a los requisitos del artículo 80 LGDCYU EDL (Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS). En este apartado deberemos examinar si el demandante tuvo conocimiento previo de la existencia de esta concreta condición, si fue asesorado o no, si en la publicidad emitida por la entidad bancaria se advertía de su existencia o se silenciaba, y si fue o no libremente pactada y consentida por la parte actora.

La sentencia del TS 241/2013 de 9 de mayo, sostiene que para que una cláusula tenga la consideración de condición general debe reunir los siguientes requisitos:

"¿ 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 pre-redactada, 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 que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse ¿".



Es decir, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante, a tenor de la referida sentencia "la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias", "que el adherente sea un profesional o consumidor" y "la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores".

Partiendo de la base de que la entidad bancaria no acredita una negociación en la que se ofrecen varios tipos de intereses variables. Es decir, el cliente acudió a una sucursal bancaria de confianza en solicitud de un préstamo, y se le ofreció el finalmente firmado, con la condición que nos ocupa, sin mayor alternativa. Lo cual, debe entenderse, sería habitual en los distintos préstamos hipotecarios que la parte demandada ofrecía entonces a sus clientes. Los testigos propuestos, en este caso, por la actora, solo se refiere a generalidades, con referencias genéricas a que normalmente se ofrecen todos o diversos productos bancarios a los clientes, se les explican todas las condiciones, se les indica que tienen tres días para revisar el borrador antes de la firma en la notaría, se realizan simulaciones, etc, pero sin concretar. Confirma el testigo Sr. Maximino que las condiciones finales de la hipoteca las establece él, añadiendo la testigo Sra. Rocío que las condiciones que explica son inamovibles. Se infiere que los préstamos hipotecarios suscritos por entonces contaban con una cláusula similar o igual, lo que evidencia la incorporación de la misma a una pluralidad de contratos. Pero es que, además, ni siquiera es preciso que en el momento de firmar el contrato ya está la cláusula incorporada a una pluralidad de contratos, sino que es suficiente que la entidad bancaria la haya redactado con esa finalidad, pues lo contrario sería consagrar un trato desigual a los consumidores. Como indica la sentencia de 9 de mayo de 2013 (153 y ss) se trata de un hecho notorio, y ciertamente es de público conocimiento, la existencia de las cláusulas suelo y su imposición a una gran generalidad de prestatarios es de general conocimiento. Como indica la tan traída sentencia, en todo caso corresponderá a la entidad financiera acreditar lo contrario y de lo obrante en las actuaciones no cabe sino concluir que la cláusula suelo es una condición general de la contratación al ser una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos (aun cuando no sea a la totalidad), que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente sino impuesta por el banco a modo de "oferta irrevocable". A lo sumo, el cliente puede obtener, sí tiene conocimiento de la existencia de tal suelo, un mayor o menos fijo a partir del cual no puede bajar el interés pero no consta que haya podido evitar la imposición del suelo.

En consecuencia, la cláusula tiene encaje en el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, "*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 ello, al concurrir el carácter de cláusula impuesta, predispuesta y aplicada con generalidad (se reitera, no se acredita que la demandada ofreciera otra alternativa a su cliente, no se aportan diferentes proposiciones del préstamo, ni se ofrecen otros productos con distintos tipos de interés) en los términos interpretados por sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de León dictada el 11 de marzo de 2011 (LA LEY 5466/2011).

A continuación se examinará también si puede ser considerada o no un "elemento esencial" con los efectos jurídicos consecuentes. En segundo lugar y por lo que respecta a la naturaleza del límite contratado, la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, consideró que este tipo de cláusulas constituyen una condición esencial del contrato. Extremo que, tal y como la propia resolución señala, no veda el control de acceso al contrato en cuestión, de conformidad con la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, sus Sentencias de fechas 3 de junio de 2010 (La Ley 55532/2010) y 4 de noviembre de 2010 (La Ley 203282/2010), que interpretan el artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (antecedente de la Ley de Condiciones Generales de Contratación), argumentando que, "*una normativa nacional puede autorizar un control jurisdiccional del carecer abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato, o a la adecuación entre precio y retribución, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Por tanto, es claro que las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, incluso las relativas a elementos esenciales del contrato, como es el precio; también son susceptibles de ser sometidas a control jurisdiccional sobre su posible abusividad*".

**QUINTO.-** En consecuencia, nos encontramos con una condición general de contratación que constituye un pacto esencial del préstamo concertado en su día entre una entidad bancaria y sus clientes. Es de aplicación, por ello, el artículo 3 del RD-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias, al poder encuadrarse en él a la parte demandante, como personas físicas que son, que actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional, y concierne el préstamo.



Sobre la cuestión el artículo 82.1 del mismo texto legal considera 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* . E *l carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa* "; y el art. 8.2 LCGC " *serán nulas las Condiciones Generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, aquellas que no cumplan los requisitos que relaciona el art. 10 LGDCU 1984 (concreción, claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes etc.), y, en todo caso las definidas en el artículo 10 bis ) y Disposición Adicional primera LGDCU* ". Remisión esta última, que debe entenderse referida, al texto de noviembre de 2007.

De esta forma, procede analizar si en la cláusula aquí en cuestión conlleva un desequilibrio contractual y es contrario a buena fe; desde la perspectiva marcada por la sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo de 2012 , que focaliza en la fuerza de las posiciones de negociación, en cada caso concreto. Como se ha dicho, en este caso, se trata de un particular al que se le ofrece un contrato en su integridad, y que no tienen otra posibilidad que aceptarlo como tal, o rechazarlo y buscar otro contrato con otra entidad financiera. La actora no pudo más que aquietarse a firmar el contrato, incluyendo la cláusula en cuestión, no pena de tener que contratar con otros operadores bancarios en similares circunstancias, siendo este un hecho que debe considerarse probado, por notorio, por aplicación del artículo 281.4 LECn . Pues bien, si se observan las cláusulas referidas se aprecia la concurrencia de casi todas las pautas marcadas por la sentencia del Tribunal Supremo, a la hora de verificar si concurre el desequilibrio y la falta de buena fe. Pautas enumeradas por sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de 10 de diciembre de 2013 :

1.- 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. Se establece, en el préstamo un interés nominal anual de 2,99%, hasta cumplir los 35 años el solicitante (en este caso durante siete años). Posteriormente el tipo aplicable será revisado anualmente hasta la cancelación del capital, cualquiera que sea el plazo de duración del préstamo. El tipo de interés nominal aplicable se fijará, al inicio de cada sucesivo periodo anual adicionando una diferencial de 0,85 puntos porcentuales al índice de referencia denominado Euribor hipotecario. Después, el tipo de interés variable, se convierte en un tipo fijo "sin que en ningún caso, el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior al 2,95% por ciento"; sin aparente proyección de una subida de los mismos, que altere este escenario, cuanto menos a medio plazo.

2.- La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. No se ha probado ninguna información específica y concreta sobre la cláusula impugnada, su impacto, ni su repercusión sobre la vida del préstamo.

3.- No consta la existencia de una previa oferta vinculante y de que la demandante tuviera con suficiente antelación el borrador del contrato que se iba a firmar, ni se le hubiere informado de su derecho a examinar el préstamo hipotecario tres días antes de la firma. Ciertamente las alegaciones respecto de este extremo son mínimas, el testigo Sr. Maximino , no recuerda el supuesto concreto, habla de lo que se hace con todos los clientes, resultando insuficiente. No recuerda si entregó la oferta vinculante, no recuerda el supuesto concreto, se ampara diciendo que se hizo constar en la escritura, pero no se ha aportado por la entidad bancaria dicha oferta vinculante; pero dada la posición privilegiada de la entidad financiera, que es la encargada de suministrar la información y la que se encarga de toda la documentación del préstamo hipotecario, correspondería a la misma conforme al principio de facilidad acreditar este extremo, y al no constar debe pechar en su contra conforme al art. 217 LECn .

4.- La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación imprescindible la fijación de un techo. De hecho, el interés nominal mínimo, va asociado a un máximo, tipo de interés nominal aplicable fijado al inicio de cada periodo adicionado un diferencial 0,85 puntos porcentuales al índice de referencia Euribor doce meses, aparentemente con las mismas posibilidades de entrar en juego, pero que resulta de muy improbable aplicación. Se pactó, de esta manera un máximo o techo irreal, que cualquier persona con un mínimo acercamiento al sector financiero catalogaría como descabellado. Es decir, plantear siquiera que los tipos de interés variables se acerquen al tipo establecido en la situación actual es algo que se aproxima a la imposibilidad, lo cual, asimismo, puede calificarse como hecho notorio sin necesidad de prueba. En consecuencia, con la excusa de fijar un límite bilateral, se supone para dar seguridad a las partes contratantes, se establece un límite mínimo con altas posibilidades de superarse durante un largo periodo de tiempo, y con prácticamente nulas opciones de que se supere el máximo. Por ello, se ha perjudicado al cliente, al tiempo que se beneficiaba a la entidad bancaria, la cual pactando un interés variable, se aseguraba un mínimo que lleva



a caracterizar a dicho interés (en la coyuntura actual) como fijo con una vocación de permanencia, mientras no se vuelva a superar el mencionado 2,95%.

5.- Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor. Como se ha dicho, la cláusula aquí impugnada (documento nº 2 de la demanda) se enmarca en la cláusula tercera bis, en dos líneas, si bien denominados revisión tipo de interés, constan de numerosos párrafos, expuestos en tres páginas, ocupando sus seis caras, y un número considerable de líneas.

La cláusula aparece entre otra multitud, la cláusula tercera bis ocupa tres páginas, sin destacar sobre toda la complejidad de cláusulas que un contrato de esta naturaleza conlleva, solo recoge en negrita 2,95%. Ello conlleva a que el consumidor no repara en estas cláusulas, de forma que no está prestando un consentimiento efectivo al precio del contrato. La eliminación del carácter sorprendente de la cláusula exige por parte del prestamista una especial llamada de atención sobre ella, lo que podrá hacerse destacándola por su ubicación separada, su impresión en distinto tamaño o color de letra, su subrayado o por el empleo junto a las cláusulas de símbolos que llamen la atención, lo que no concurre en el supuesto de autos, únicamente negrita la referencia "2,95%".

6.- La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

Esta simulación tiene gran importancia pues es con conocimiento de la misma cuando el cliente puede llegar a conocer el alcance de lo que firma, a saber que pese a una notoria bajada del tipo de interés él va a seguir pagando una determinada cantidad de euros e incluso conocer que pagaría sí no tuviera esa cláusula. Pero además tal información es especialmente exigible cuando se pactan bonificaciones en el tipo de interés en función de las vinculaciones del cliente con la entidad. En estos casos, las entidades deberían advertir expresamente a sus clientes que si los tipos de interés llegan a descender por debajo de la cláusula suelo, la bonificación derivada de la contratación de tales productos resulta inoperante por no poderse aplicar la misma. Es decir, advertirle que pese a contratar, y pagar, otros productos que se han realizado con la finalidad fundamental de obtener un interés más bajo, dicho objetivo no se va a conseguir.

Como se ha señalado, no se ha constar ni por los testigos propuestos ni por los actores que se realizaran simulaciones sobre la cláusula suelo. De forma general dice el testigo Sr. Maximino que se realizan simulaciones siempre, con todos los clientes, sin concretar en este supuesto, ni aportarse simulación alguna.

7.- Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. Sobre lo que no se ha probado nada, se refiere el testigo, sin concretar nada, que se ofrecen o se le ofreció al actor las explicaciones habituales en este tipo de préstamos.

8.- No puede dudarse de que el notario ha dado lectura a la integridad del préstamo tal y como lo recoge en la escritura. Pero la mera lectura notarial no supone efectivo conocimiento por el consumidor respecto de este tipo de cláusulas que se exige un notable control. Y no se puede obviar las circunstancias concurrentes en la firma, los actores afirman que el notario leyó la escritura y firmaron. No sabían que días antes podía acudir a la notaría a ver la escritura, ni se les facilitó por la entidad bancaria un borrador de la misma ante de acudir a la notaría.

En consecuencia, nos encontramos ante un supuesto que presenta las notas jurisprudencialmente exigidas. Por un lado, el desequilibrio es palmario, se fija un mínimo o suelo con una alta probabilidad de entrar en juego (la realidad lo confirma en el momento actual, en el que se ha bajado del 1%); a la par que ni siquiera se fija un tope, siquiera irreal. La entidad bancaria no informó perfectamente a su cliente de que, en el caso de bajar el índice de referencia, su préstamo se convertía, de facto, en un préstamo de interés fijo en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirían o lo harán de forma imperceptible en su beneficio, por lo que el mismo no pudo comprender de modo real el alcance y repercusión que la cláusula tendría en el futuro.

Lo cual debe ponerse en relación con el mandato del artículo 82.3 de Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias, y la especialidad del sector financiero en el que opera la demandada. Así, a la demandada se le presupone un conocimiento preciso de las previsiones de evolución futura de los tipos de interés, que debió traducirse en una obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente. Recuérdese, en todo caso, el especial deber de información que debe adornar la contratación bancaria y la actuación de las entidades financieras en general, en el sentido de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, por la especial complejidad del sector financiero y la contratación en masa, pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación. Establecer,



por ello, una cláusula como la estudiada evidencia una falta de buena fe, por parte de la entidad bancaria, al asegurarse un beneficio, conociendo que no se ofrece ninguna posibilidad de beneficio (se reitera, aunque fuera irreal). De esta forma, puede concluirse que nos encontramos ante una condición general de contratación, con carácter de cláusula abusiva.

**SEXTO.-** Debe, en definitiva, estimarse la demanda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, y declararse la nulidad de la cláusula limitativa de interés variable que se contiene en la cláusula tercera bis, del contrato celebrado entre las partes mediante escritura pública autorizada por el notario D. María José Basterra Pinilla, sin que ello conlleve, por un lado, la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin el índice mínimo de referencia, con arreglo al artículo 9.2 del mismo texto legal.

Por otro lado, no procede integrar la cláusula de interés variable, la cual debe ser expulsada como consecuencia de su declaración de nulidad. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, respondiendo a una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación a un proceso monitorio y el examen de oficio del carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora. Dicha resolución sostiene que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Es decir, el juez nacional no tiene una facultad, sino una obligación de pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Asimismo, declarado lo cual, manifiesta que no puede modificar ni integrar el contenido del contrato tras declararla nula por abusiva. Considera que, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13; pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. Esto es, si el contrato se corrige, los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. El propio Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013, razona que la declaración de nulidad exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica.

En consecuencia, la cláusula por abusiva no puede ser ni modificada ni reparada, y se elimina del contrato, conservando el resto; sin contradicción con el artículo 83.2 del citado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias; el cual no puede permitir una integración en beneficio del predisponente (a quien se le ha atribuido mala fe para definir aquella como abusiva), dado que precisamente, tal integración debe operarse sobre el principio de la buena fe objetiva. Por todo ello, se estima la demanda en cuanto a la nulidad instada de la cláusula, el préstamo hipotecario mantiene su vigencia, con eliminación del límite en estudio, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo variable contenida.

**SEPTIMO.-** Las costas del proceso, en esta primera instancia, se imponen a la parte demandada, según dispone el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VISTOS los preceptos y jurisprudencia mencionados, y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

1.- ESTIMAR la demanda planteada por D. Alexis y D<sup>a</sup>. Agueda, representada por el/la Procurador/a Sr/a. GONZALEZ; frente a la entidad BANCO DE CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.U, representada por el Procurador Sr. LEGORBURU.

2.- DECLARAR LA NULIDAD de la condición general de contratación que fija un tipo mínimo de referencia en el interés variable, contenida en la cláusula tercera bis, del préstamo hipotecario de fecha 20 de septiembre de 2005.

3.- Se imponen las costas a la parte demandada.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA ( artículo 455 LEC ).





El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados ( artículo 458.2 LEC ).

Para interponer el recurso será necesario la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 2755-0000-00- 0542-14, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso ( DA 15ª de la LOPJ ).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN** .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Secretario Judicial doy fe, en BILBAO (BIZKAIA), a veinticuatro de octubre de dos mil catorce.

FONDO DOCUMENTAL CEMOJ