



Roj: **SJM BA 3604/2016 - ECLI:ES:JMBA:2016:3604**

Id Cendoj: **06015470012016100267**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Badajoz**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2016**

Nº de Recurso: **787/2015**

Nº de Resolución: **386/2016**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **ZAIRA VANESA GONZALEZ AMADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO MERCANTIL N. 1

BADAJOZ

SENTENCIA: 00386/2016

C/ CASTILLO PUEBLA DE ALCOCER, 20

Teléfono: 924286421

Fax: 924286455

Equipo/usuario: 7

Modelo: N04390

N.I.G. : 06015 47 1 2015 0000860

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000787 /2015

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. Isidora

Procurador/a Sr/a. MARIA LORENA RUIZ ALEDO

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. IBERCAJA BANCO S A

Procurador/a Sr/a. MARIA ESTHER MARTIN CASTIZO

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA Nº 386/2016

JUZGADO MERCANTIL Nº 1 DE BADAJOZ.

JUEZ DOÑA ZAIRA GONZÁLEZ AMADO.

JUICIO ORDINARIO 787/15.

DEMANDANTE: Doña Isidora

ABOGADO : D o ña Lourdes Sánchez Fernández

PROCURADOR: Doña Lorena Ruiz Aledo

DEMANDADO: IBERCAJA S.A.

ABOGADO: Doña María José Cosmea Rodríguez



Don Rafael Hurtado Guerrero.

PROCURADOR : Doña Esther Martín Castizo.

En Badajoz, a 3 de octubre de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Con fecha 28 de septiembre de 2015 se presenta demanda de procedimiento ordinario por el Procurador Doña Lorena Ruiz Aledo, en nombre y representación de Doña Isidora contra IBERCAJA, solicitando la nulidad de la cláusula limitativa de los tipos de interés de la escritura de préstamo hipotecario de 6 de junio de 2009 y la condena a devolver las cantidades cobradas de mas, desde mayo de 2013, intereses legales, y costas.

SEGUNDO : Turnada a este Juzgado la demanda el 29 de septiembre de 2015, se admitió a trámite por decreto de 14 de octubre de 2015, dándose traslado al demandado quien presentó contestación a la demanda el 17 de noviembre de 2015, oponiéndose a la misma.

TERCERO: Citadas las partes a la Audiencia Previa el 22 de junio de 2016, se propone únicamente prueba documental, quedando las actuaciones pendientes de dictar sentencia, en virtud del artículo 429.8 de la LEC . La parte demandada desiste de las excepciones procesales.

CUARTO: En el presente asunto se ejercita por el actor una acción declarativa de la nulidad de la cláusula limitativa de los tipos de interés del préstamo hipotecario de 6 de junio de 2009 y una acción de condena a devolver las cantidades cobradas de mas, desde mayo de 2013, intereses legales y costas. La demandada se opone a la demanda alegando que; la cláusula en cuestión es válida y transparente formando parte del objeto del contrato, que no puede considerarse una condición general de la contratación, y que la cláusula no es abusiva al haberse negociado individualmente, respetar las exigencias de la buena fe y no causar desequilibrio entre las partes.

QUINTO.- En la tramitación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales, salvo plazo para dictar sentencia debido a la carga de trabajo que soporta este Juzgado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Normas aplicables.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios establece en su artículo 83 núm. 1 la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos efectuados con **consumidores**, nulidad que ha de ser apreciada de oficio. El número 2 de dicho precepto establecía anteriormente que la parte del contrato afectada por la nulidad se integraría con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, admitiendo el siguiente párrafo que el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas dispondría de facultades moderatorias cuando subsista el contrato. Dicha disposición ha sido modificada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias. En la actualidad, el nuevo artículo 83 establece que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

—

En este punto, hay que reseñar que el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios , establece que se consideran 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**, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, relacionándose esas cláusulas en los artículos 85 al 90 de la Ley. E, igualmente, el párrafo primero del artículo 87 de dicha ley establece que "son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del **consumidor** y usuario. La consecuencia es la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas es que se tendrán por no puestas.

—

Igualmente, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 establece: "1 las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del **consumidor** un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2 Se 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 contratos de adhesión". A su vez el artículo 4 de la directiva señala que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa". Finalmente el artículo 6, apartado 1, de dicha directiva dispone, " los Estados miembros establecerán que no vincularán al **consumidor**, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

—

En nuestro derecho, para determinar si una cláusula es abusiva, el artículo 82 núm. 3 de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, siguiendo el artículo 4 núm.1 de la Directiva Comunitaria 93/13/CEE establece que se tendrá 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.

SEGUNDO : Objeto del procedimiento. Valoración de la prueba. Solución del caso. La demanda debe prosperar.

En el presente asunto se ejercita por el actor una acción declarativa de la nulidad de la cláusula limitativa de los tipos de interés del préstamo hipotecario de 6 de junio de 2009 y una acción de condena a devolver las cantidades cobradas de más, desde mayo de 2013, intereses legales y costas. La demandada se opone a la demanda alegando que; la cláusula en cuestión es válida y transparente formando parte del objeto del contrato, que no puede considerarse una condición general de la contratación, y que la cláusula no es abusiva al haberse negociado individualmente, respetar las exigencias de la buena fe y no causar desequilibrio entre las partes

En el caso que nos ocupa ha quedado acreditado que la parte actora firmó, el 6 de junio de 2009, la escritura de préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda sita en la AVENIDA000 NUM000, por importe de 39.500 euros, con la entidad demandada, actualmente denominada IBERCAJA S.A. (documento nº 1)

Dicho préstamo hipotecario establece un tipo de interés de 6 % durante un periodo de 6 meses, tras el cual el interés será tipo medio de los préstamos hipotecarios, a más de tres años, del conjunto de Entidades, más 1,50%, añadiendo, " en ningún caso por aplicación de la revisión que debe producirse en cada periodo, el tipo de interés nominal anual a aplicar podrá ser inferior al 6%, ni exceder de 12%".

La entidad demandada niega que la cláusula citada sea **una condición general de la contratación**.

Pues bien, en cuanto a la nulidad de dichas cláusulas, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, y ulterior auto aclaratorio de 3 de junio de 2013, ratificadas posteriormente por las sentencias del 8 de septiembre de 2014 y 24 de marzo de 2015, donde ya no estamos en presencia de una acción colectiva como la que dio lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2013, sino ante el ejercicio de acciones individuales, crean jurisprudencia al respecto, afirmando que como regla general la cláusula suelo ostenta la consideración de condición general de la contratación, al ser una cláusula impuesta no negociada individualmente con el **consumidor**, por lo que, aun cuando afecta al objeto principal del contrato (esto es, al precio), puede ser sometida al control de abusividad por parte del juez, al no integrar el elemento esencial del negocio jurídico (el objeto como tal, art. 1265 CC).

Efectivamente, el tenor literal del artículo 1 de la Ley 7/1998, establece que " son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos ". Precepto que tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación y que ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en el razonamiento jurídico 137 de su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, donde 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 negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse".

La norma transcrita en ningún momento exige una incorporación "masiva" de la cláusula a los contratos celebrados en su actividad profesional por la entidad bancaria. Basta con que se trate de una cláusula redactada para ser incorporada a una pluralidad de contratos, debiendo entenderse dicho concepto en su sentido estricto de diversidad, multiplicidad y en definitiva en su dimensión excluyente de no tratarse de un pacto o cláusula destinado a formar parte de un contrato único, excepcional o exclusivo.

El hecho de que dicha cláusula suelo o limitativa de la variación de tipos de interés no se incorpore a todos los contratos concertados por la Caja o ni siquiera de manera masiva a los pactos suscritos por ésta, no tiene ninguna relevancia a los efectos de resolver sobre la cuestión sometida a discusión pues basta con que dicha cláusula forme parte o esté destinada a formar parte de una pluralidad de contratos para que concurra en plenitud su cualidad de condición general de la contratación.

En el presente caso ni siquiera se discute dicha circunstancia, sino que IBERCAJA se limita a manifestar que la misma se negoció individualmente con la actora, hecho que no acredita de ninguna manera.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que la redacción e inclusión de cláusulas suelo por las entidades bancarias en los contratos de préstamo concertados por las mismas, ha sido una práctica común, continuada y muy extendida no solo por IBERCAJA sino en la práctica bancaria española, de tal manera que los procedimientos que persiguen la exclusión de este tipo de cláusulas son muy comunes en los Juzgados Mercantiles y de 1ª Instancia de este país, habiendo dado lugar a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo del 9/5/2013 en resolución de una acción colectiva de nulidad de cláusula suelo, en la que estaba incluida dicha entidad por las cláusulas de sus préstamos. Pero es que además, y atendiendo al concepto gramatical de negociación que es introducido en el debate en sus argumentos de defensa por la entidad bancaria, también cabe argumentar que la negociación implica un significado diferente al de "aceptar, asentir o conformar" de tal manera que nunca puede hablarse de "negociación" cuando únicamente se habilita al contratante para decidir si contrata o no en las condiciones predeterminadas e impuestas por la otra parte, pues es obvio que la obligación de contratar determinaría la nulidad del convenio. El término negociar lleva implícita la facultad de intervenir en el diseño del contenido del contrato, en los términos del mismo, en la inclusión o no de sus cláusulas, en la literalidad de las mismas. Supone poder contraofertar, acercar posiciones en el libre juego de oferta y demanda y materializar por escrito la libre voluntad de las partes contratantes.

Nada de esto se acredita que haya sucedido en el supuesto de autos infiriéndose lo contrario del contenido del contrato y de su redacción literal.

En definitiva, resulta fácil deducir que la redacción de la cláusula suelo no es más que la traducción contractual de una condición impuesta por el banco, es decir exigida por el banco, no modulada en su incorporación al contrato y por tanto no negociada individualmente sino impuesta y formando parte de un todo contractual redactado por el banco con arreglo, a falta de cualquier prueba en contrario, a los usos habituales, protocolos, formularios o modelos estándar integrados en la práctica negocial de IBERCAJA.

La propia sentencia antes citada y dictada por el TS en fecha de 9/5/2013, resuelve esta cuestión de manera clara y comprensible al argumentar que:

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

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.



c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula pre redactada 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.

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

-

a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y

-

b) Que el adherente sea un profesional o un **consumidor** -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los **consumidores** y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los **consumidores**".

_ Respecto a este último punto, el art. 3 TRLCGC contiene una definición legal según el cual " a los efectos de dicha Ley, son **consumidores** o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". La SAP de Barcelona, sección 15ª, de 26 de enero de 2012 añade lo siguiente " **consumidores** aquella persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros".

-

Pero es que en este caso, además, no es un hecho controvertido que la actora, persona física, no ostentara la cualidad de **consumidor** y usuario, en la medida en el préstamo fue suscrito a fin de financiar la adquisición de su vivienda habitual, y por ello merece especial protección.

Aplicando tales preceptos y requisitos al caso que nos ocupa, cabe concluir que la cláusula suelo-techo, recogida en los contratos de préstamo hipotecario, que recoge una limitación a la variabilidad del tipo de interés del 6% y el 12% es una condición general de la contratación, toda vez que constituye una cláusula pre redactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos.

TERCERO.- En cuanto a la nulidad de las cláusulas contractuales denunciadas en la demanda por su carácter abusivo .

Basa la actora dicha abusividad en la falta de transparencia de la cláusula, por falta de información del banco sobre la misma y falta de reciprocidad.

El control de transparencia es doble, abarcando dos estadios diferentes, nuevamente siguiendo la doctrina jurisprudencial de la St 9/5/2013 :

Un primer control relativo *al modo de inclusión en el contrato* , que afecta todas las condiciones generales de la contratación, con independencia del carácter de las partes y que se ciñe a examinar el cumplimiento formal de la normativa bancaria que regula la incorporación a los contratos y que, esencialmente se encuentra en las Órdenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1.989, 5 de mayo de 1.994 y 28 de octubre de 2.011, en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares y en la propuesta de Directiva (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial.

Y un segundo control, limitado a los supuestos en los que el contratante es un **consumidor**, que se extiende a *la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula* en el desarrollo razonable del contrato y que se desprende del tenor literal del artículo 80.1 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, a tenor del cual " 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 ".

Este segundo control es desarrollado por la tan citada sentencia 9/5/2013 del Tribunal Supremo que, tras indicar en el Razonamiento Jurídico 211 que "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", señala en el Razonamiento Jurídico 225 los siguientes elementos indiciariamente reveladores de la falta de transparencia:

" 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**. "

Lista respecto de la cual hubo de aclarar el Tribunal Supremo mediante auto de 3 de junio de 2.013 , que " no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra".

Extrapolando lo anterior al caso de autos, hemos de concluir que la cláusula analizada no supera el primero de los controles de transparencia ya que las circunstancias acreditadas en que tuvo lugar la celebración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, no cumplen las especiales exigencias de transparencia y amplitud informativa previa al contrato que se exigen en la Ley 2/2009 de 31/3 de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares, vigente al tiempo del otorgamiento de aquel,

"Las personas consumidoras tienen derecho a que se les entregue, con un tiempo suficiente y razonable, un modelo de contrato con las condiciones generales previstas".

Por otro lado los artículos 14 y 16 de la Ley 2/2009 establecen que:

Art. 14, "Información previa al contrato"

1. La empresa deberá suministrar de forma gratuita al **consumidor**, con una antelación mínima de cinco días naturales a la celebración del contrato y, en todo caso, antes de que asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato de préstamo o crédito hipotecario, al menos la siguiente información:

b) En cuanto al préstamo o crédito hipotecario ofrecido:

1º Una descripción de las principales características del contrato de préstamo o crédito.

2º El precio total que debe pagar el **consumidor**...la base de cálculo que permita al **consumidor** comprobar el precio, así como la tasa anual equivalente expresada mediante un ejemplo representativo.

c) En cuanto al contrato de préstamo o crédito hipotecario:

1º Los supuestos en que existe el derecho a obtener una oferta vinculante conforme a lo previsto en el art. 16, su duración y las condiciones y modo para ejercerlo".

La forma de esta información debe ser necesariamente por escrito, tal y como prevé el apartado 2 de este mismo precepto y además en cualquier soporte de naturaleza duradera que permita la constancia de la fecha de su recepción por el destinatario y su conservación, reproducción y acceso a dicha información. Es decir se trata de un documento en papel o cualquier otro soporte material, entregado al **consumidor** y que permita a éste conocer el contenido mínimo del contrato futuro tal y como se relaciona en el artículo.

Como sanción frente al incumplimiento de esta obligación legal, el apartado tercero de este mismo precepto establece que "El incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos al suministro de dicha información previa, que se establecen en este artículo, podrá dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación civil, sin perjuicio de la integración de los contratos conforme a lo previsto en los arts. 61 y 65 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras Leyes complementarias".

Por otro lado el art. 16 regula la obligación del prestamista de entregar una oferta vinculante con carácter previo a la celebración del contrato y ello en los siguientes términos:



1. Efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso..., las empresas vendrán obligadas a efectuar una oferta vinculante de préstamo o crédito al **consumidor** o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo o crédito.
2. La oferta se formulará por escrito y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la empresa y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la empresa, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega.
3. En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar de forma destacada el derecho del **consumidor**, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con una antelación de tres días, en el despacho del notario autorizante".

En definitiva se trata de una oferta constatada por escrito, en soporte documental, que debe responder al contenido determinado en el anexo II de la Orden de 5/5/1994 y que ineludiblemente debe ser entregada al **consumidor**, el cual deberá ser expresamente informado de su derecho a examinar el proyecto de contrato con una antelación de 3 días y en el propio despacho del Notario.

Si trasladamos al caso de autos todas estas exigencias legales que conforman el deber de información impuesto a las entidades bancarias y partiendo de los indicios probatorios proporcionados por los medios de prueba y de las deducciones que pueden extraerse de las omisiones probatorias, tenemos que:

1º).- No se cumplió o al menos no existe la más mínima prueba sobre el particular de la obligación de IBERCAJA de proporcionar a la actora la información a que hace referencia el art. 14 de la Ley 2/2009, con el efecto invalidante del contrato mencionado en este mismo artículo, sin perjuicio de la posibilidad de integración. Pues la documentación aportada no se desprende que se entregara información por escrito y en soporte duradero con el contenido mínimo determinado por el precepto citado y entregada al cliente de manera que quede constancia de la fecha de la recepción.

2º).- No hubo oferta vinculante del contrato, o al menos no la hubo en los estrictos términos legales antes referidos.

A ello se añade que el hecho de que existiera una oferta vinculante no justifica ni que ésta fuera entregada a los prestatarios, que estos tuvieran o llegaran a tener conocimiento fiel y amplio de dicha oferta vinculante, que el contenido de la misma se adecuara a la exigencia legal (anexo II Orden 5/5/1994) y que se informara expresamente a los prestatarios de su derecho a examinar el proyecto de contrato con una antelación de 3 días y en el propio despacho del Notario, pues no se acredita que la parte fuera informada de ello.

En cuanto al segundo control de transparencia, y a pesar de que lo manifestando hasta ahora sería suficiente para fundamentar la nulidad de la cláusula suelo, tampoco se cumplirían las exigencias de claridad, concreción, sencillez en la redacción, accesibilidad y comprensión.

Esta conclusión se fundamenta en los argumentos que se exponen a continuación:

En primer lugar, el hecho de que no se acredite que se haya simulado ningún escenario relacionado con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar ni se haya ofrecido información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, junto con el hecho de que de las páginas que ocupan en la escritura las condiciones financieras relativas a los tipos de interés, se dedican a incorporar una cantidad abrumadora de datos referidos a las variaciones del tipo de interés, tipo de referencia, diferencial del tipo de referencia, ha de considerarse suficiente para concluir que la entidad demandada no informó perfectamente a su cliente de que, en el caso de bajar el índice de referencia, su préstamo se convertiría, de facto, en un préstamo a interés fijo en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio, por lo que la actora no pudieron comprender de modo real el alcance y repercusión que la cláusula tendría en el futuro.

Además de las dudas razonables que arroja no el conocimiento sino la comprensión, la percepción del verdadero alcance, finalidad y eficacia práctica de la cláusula discutida, cabe añadir la inaccesibilidad de dichas cláusulas, puesto que fueron pre redactadas por la entidad bancaria, y no consta, que la prestataria dispusiera de copia alguna con carácter previo a la firma del contrato, el hecho de que éste cuente con decenas de páginas, con muchísimos datos, unos inteligibles, otros no tanto para personas legas en derecho y contratación bancaria, el hecho de que el conocimiento pleno por los prestatarios del contenido literal del contrato se produzca en el despacho del Notario, en el momento de su lectura y por tanto en unas condiciones que no son en absoluto las idóneas para poder sopesar y analizar en conciencia el contenido obligacional de aquello



que se va a suscribir etc. Todo ello, apreciado en su globalidad y por tanto valorando la convergencia de todas aquellas circunstancias, permite lograr la convicción de la Juzgadora sobre la falta de accesibilidad de la contratante actora a los pactos contractuales y sobre la falta de sencillez en la redacción, imputándose a la entidad bancaria un defecto de información sobre aquello que ella misma redactaba y por tanto una actitud un tanto omisiva, negligente u opaca frente a quienes era su cliente.

Sobre la base del art. 217. 1, 2 y 3 correspondía a la entidad demandada la prueba de los hechos acreditativos de haber proporcionado a su cliente una información previa suficiente, comprensible y adecuada a los fines del contrato y no habiéndolo hecho, debe soportar las consecuencias de su inactividad probatoria.

Incidiendo en el razonamiento expuesto, debe reseñarse que en diferentes puntos de su contestación la entidad demandada insiste en la efectiva información proporcionada a la actora, la negociación previa, entrevistas, capacidad de la contratante de alterar el contrato y en particular de suprimir la cláusula suelo etc. Sin embargo no lleva a cabo dicha entidad ninguna prueba, quedando huérfanos de cualquier acreditación los hechos relevantes que están siendo objeto de análisis en la presente resolución, es decir la adecuada información, la negociación y el conocimiento y comprensión del contrato.

Como corolario de todo lo expuesto y volviendo sobre los pasos de la St del TS de 9/5/2013 , lo cierto es no queda acreditado de modo alguno, siquiera indiciario o tangencial que la cláusula suelo fuera objeto de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato y ello en la medida en que:

Si el tipo de interés es variable, el cliente deduce que si el tipo de referencia sube, su cuota experimentará una subida en la cantidad y, al contrario, si el tipo de referencia desciende, se verá beneficiado con un correspondiente descenso en el importe de la cuota. Sin embargo la denominada cláusula suelo no se introducía en el contrato a continuación del tipo de interés ordinario y como excepción al mismo, sino después, y con una redacción confusa para una persona leiga en temas financieros. En estas condiciones no puede inferirse que dicha cláusula fuera presentada a la contratante como un elemento definidor del contrato sino que más bien parece introducida como algo accesorio, irrelevante o secundario y al mismo nivel de relevancia de lo que son las comunicaciones entre las partes.

- No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- 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.

Por todo ello resulta evidente que en un escenario de sostenibilidad de tipos a la baja, como el que ha acontecido y permanece en la actualidad, el banco se protegía y garantizaba unos recursos extras a través del tipo mínimo. Nada de ello consta que se explicase adecuadamente a la actora, ni por quién, ni cuando, ni cómo, ni donde. Absolutamente nada a pesar de que se trata de un aspecto esencial del contrato de préstamo, definitorio de la cuota mensual a pagar por la prestataria y por tanto determinante de las obligaciones asumidas por esta, careciendo esta Juzgadora de cualquier indicio que permita inferir o meramente sospechar que la parte, a la que se ofreció claramente un tipo variable, en realidad se encontraba encorsetada por unas limitaciones a la variabilidad de tipos que transformaban los intereses en un tipo fijo inamovible y además claramente beneficioso para la entidad bancaria y perjudicial para la cliente que no obtenía una ventaja proporcional, equitativa o recíproca.

En consecuencia y sintetizando todo lo anterior y sobre la base de los artículos 5 , 7 , 8 y 9 de la LGCC (Ley 7/1998) y 80 y ss. LCU vigente al tiempo del contrato (Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios.), procede declarar la nulidad de la cláusula limitativa del interés variable del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 6 de junio de 2009.

CUARTO.- Consecuencias de la nulidad de la cláusula en cuestión.

Como regla general, uno de los efectos que comporta la declaración de nulidad de una cláusula es que las partes deben restituirse recíprocamente lo que hubieran percibido de la otra, con sus frutos, y el precio, con sus intereses, tal como dispone el art. 1303 CC .

-

Como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo , nos hallamos ante " una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata



del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

–

Sin embargo, nuestra Audiencia Provincial, Sección Tercera, Ponente, Ilmo Sr. Don Joaquín González Casso ha establecido que " la sentencia del Alto Tribunal de 9 de mayo de 2013 que, no olvidemos, se trataba del ejercicio de una acción colectiva al amparo de lo establecido en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en su fundamento jurídico decimoséptimo otorga una eficacia retroactiva limitada a la nulidad de dicha cláusula por los motivos que en dicha sentencia se recogen. Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo en un caso de acción individual en el que la Audiencia Provincial de Álava había acordado la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de la cláusula suelo establece la siguiente doctrina legal: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 8 de septiembre de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula, la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ". Dicha sentencia ha dado lugar a varios comentarios doctrinales, dudando alguno de ellos si la sentencia se refiere sólo a un caso concreto en el que la cláusula había sido incorporada a un préstamo con la entidad BBVA, la cual fue ya objeto de la acción colectiva que dio lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2013 , o es aplicable a todas las cláusulas incorporadas a los contratos bancarios cualquiera que sea la entidad. La sentencia del Alto Tribunal, que cuenta con un voto particular, establece que " a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer 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".

–

En el voto particular se considera que debe otorgarse eficacia retroactiva más allá del 9 de mayo de 2013. Como se indica en dicho voto "estamos ante una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 junio 2012 (TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo de modificación del Texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los **consumidores**, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas. Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descrita su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva".

–

No olvidemos que las sentencias del Tribunal Europeo de Justicia de la Unión Europea son claras y contundentes cuando no permiten integrar la cláusula abusiva nula o moderarla. Concretamente la sentencia de 14 de junio de 2012 en su parte dispositiva dice: " 2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un **consumidor**, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".



-

A este respecto el párrafo 69 de dicha sentencia establece, "pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, 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 artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad 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** (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que 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". Tan importante ha sido esta doctrina, que el legislador se ha visto obligado a modificar el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias por Ley 3/2014, de 27 de marzo suprimiendo esa facultad moderatoria.

-

Es decir, si permitimos esa retroactividad débil o limitada estamos contraviniendo la doctrina del TJEU que interpreta la directiva 93/13/CEE. El Tribunal es terminante cuando prohíbe modificar el contenido de la cláusula abusiva porque no impediría que los profesionales siguieran aplicando cláusulas abusivas, dado que el único peligro sería que la cláusula se pudiera integrar o reducir con el resto del contrato.

-

En cierto modo, es la supremacía del derecho europeo y la vinculación de los Jueces nacionales a las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuanto que los Jueces nacionales actuamos como Jueces comunitarios garantes del derecho de la Unión y por tanto sometidos al derecho de la UE que tiene primacía. Sentado lo anterior, conforme al principio de competencia, si el derecho aplicable nacional tiene un vínculo de conexión relevante, como es el caso, con el derecho de la UE debe aplicarse conforme a la normativa europea y la interpretación de la misma realizada por el TJUE, y no conforme a la normativa interna o la interpretación de la misma realizada por nuestros órganos jurisdiccionales, a mayor abundamiento, la jurisprudencia no es fuente del derecho.

-

La conclusión es muy clara: no se puede declarar la abusividad de una cláusula y al mismo tiempo otorgarle vigencia limitada. Si se acuerda lo primero, hay que dejar de aplicar la cláusula.

-

No obstante lo cual, esta Sala considera que debe respetar la doctrina emanada de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que tuvo a la vista la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia y aun así ha considerado en dos plenos jurisdiccionales cuales son las consecuencias de la declaración de nulidad de estas cláusulas.

-

Por tanto, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. No se trata de una sentencia con reserva de liquidación prohibida por el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la fijación del quantum depende de una simple regla aritmética de fijación de los intereses que hubieran correspondido sin la existencia de la cláusula."

En el caso que nos ocupa, procede la devolución de las cantidades cobradas de mas en aplicación de la cláusula declarada nula, desde la fecha citada, esto es el 9 de mayo de 2013.

QUINTO.- Intereses.

El artículo 1.108 del Código Civil dispone que si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y falta de convenio, en el interés legal.

En el presente caso ha lugar a la condena a dichos intereses a la demandada.

SEXTO.- Costas .



El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Si fuera parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonara las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

Puesto que la estimación de la demanda es sustancial, las costas se imponen a la demandada.

FALLO

Que debo **ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda interpuesta por el Procurador Doña Lorena Ruiz Aledo, en nombre y representación de Doña Isidora contra IBERCAJA, **DECLARANDO** la nulidad de la cláusula limitativa de los tipos de interés de la escritura de préstamo hipotecario de 6 de junio de 2009 **CONDENANDO** a devolver las cantidades cobradas de mas desde mayo de 2013, intereses legales, y costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, contra la que podrán preparar recurso de apelación dentro de los 20 días siguientes a su notificación, según lo dispuesto en los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Llévese testimonio de la presente a los autos de su razón con archivo del original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo