

**JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE SEVILLA**

Avda. de la Buhaira nº 26 Edificio NOGA - Planta 7ª  
Fax: 955921010. Tel.: 955519098-99 ; 662977872-73  
N.I.G.: 4109142M20140000407

Procedimiento: Juicio Ordinario 182/2014. Negociado: 01

De: D/ña. \*\*\*\*\*

Procurador/a: Sr/a. \*\*\*\*\*

Contra: D/ña. CAIXABANK SA

Procurador/a: Sr/a. \*\*\*\*\*

## **NOTIFICADO 24-11-2015**

### **SENTENCIA Nº 328/15**

En Sevilla, a veinte de noviembre de dos mil quince.

Pronuncia D. \*\*\*\*\* , Juez de Adscripción Territorial adscrito a este Juzgado, en el procedimiento de Juicio Ordinario nº 182/14, seguido a instancias de D. \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* Y Dª. \*\*\*\*\* representado por la Procuradora Sra. \*\*\*\*\* y asistido por la Letrada Sra. \*\*\*\*\* , contra CAIXABANK S.A. representado por la Procuradora Sra. \*\*\*\*\* y asistido por el Letrado Sr. \*\*\*\*\* , sobre nulidad de condición general de la contratación.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 22-1-14, la Procuradora Sra. \*\*\*\*\* en la indicada representación presentó demanda de juicio ordinario junto con sus copias y documentos, solicitando la nulidad por abusiva de la cláusula contenida en la

letra d) de la cláusula TERCERA BIS (relativa al tipo de interés variable), de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el 18-5-2001 ante el Sr. Notario D. \*\*\*\*\* cuyo tenor literal es el siguiente:

*“d).- Tipo máximo y mínimo. Se establece que, en ningún caso, el tipo de interés será inferior al cuatro enteros por ciento, ni superior al catorce enteros por ciento.”*

Dicho préstamo hipotecario fue objeto de novación modificativa y ampliación de hipoteca en escritura pública otorgada el 13-9-07 ante el Sr. Notario D. \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, manteniéndose la referida cláusula hoy objeto de impugnación.

**SEGUNDO.-** El 13-5-14 se dictó Decreto admitiendo a trámite la demanda, y se dio traslado de la misma a la parte demandada con copia de ésta y documentos aportados, emplazándole con apercibimientos legales.

Con fecha 11-6-14 la Procuradora Sra. \*\*\*\*\* en la representación que ostenta en autos, presentó escrito de contestación a la demanda en el que en párrafos separados y numerados solicitaba la desestimación de la misma en los términos que constan.

**TERCERO.-** Convocada audiencia previa para el día 18-11-15, se celebró esta con el resultado que obra en autos, y tras comprobar la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, se fijaron los hechos controvertidos, y siendo admitida únicamente prueba documental quedaron los Autos vistos para Sentencia.

**CUARTO.-** La presente resolución puede tener errores tipográficos como la unión de palabras o la aparición de números, derivados de la incompatibilidad entre el sistema informático proporcionado para la redacción de las resoluciones

(LibreOffice Writer) y el sistema informático en el que las mismas se incorporan (Adriano).

**QUINTO.-** En la tramitación del procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La parte actora ejercita una acción de nulidad de condición general al amparo del artículo 7 de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, alegando el carácter de consumidor del demandante, que la cláusula cuya nulidad se insta es una condición general de la contratación que adolece de falta de transparencia y es, en consecuencia, abusiva.

La demandada solicita la desestimación de la demanda ya que considera, en primer lugar que la actora no suscribió el contrato como consumidor, y por tanto no es acreedora de la protección dispensada por la normativa relativa a los consumidores y usuarios, en segundo lugar niega el carácter de condición general no negociada individualmente de la cláusula impugnada, y por último niega que incumpliera sus deberes de información y transparencia, y se opone en consecuencia a la nulidad.

#### **SEGUNDO.- Cuestiones controvertidas.**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes con el Tribunal fijaron los siguientes hechos controvertidos:

- Si la actora celebró el contrato como consumidor.

- Carácter de condición general de la contratación de la cláusula impugnada.

- Existencia de negociación e información previas a la inclusión de la cláusula, o si esta fue impuesta.

- Transparencia o no de la cláusula.

- Existencia de desequilibrio entre las prestaciones de las partes.

- Nulidad de la cláusula por abusiva.

- Aplicación retroactiva de los efectos de una eventual declaración de nulidad.

**TERCERO.- Examen del carácter de consumidor o empresario en el que contrató la parte demandante.**

Niega la parte demandada el carácter de consumidor de la parte actora, si bien, sorprendentemente, no realiza razonamiento alguno que soporte tal negación, siendo así que ni siquiera lo niega en su escrito de demanda, y se limitó a negar la condición de consumidor en el acto de la Audiencia Previa. No obstante, la parte actora no expresó ningún inconveniente en que se incluyera esta circunstancia como hecho controvertido, por lo que deberá razonarse en la presente resolución.

En primer lugar, ha de acudirse al artículo 3 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 que, a la fecha de celebración del contrato, establecía:

*“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.”*

Y la citada norma aborda también esta cuestión en el punto III de su Exposición de Motivos, donde identifica al consumidor con quien *“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”*.

Por su parte, la Directiva 1.993/13/CEE de 5 de abril define al consumidor en su artículo 2 como toda persona física que, en los contratos regulados por dicha norma, actúe con un propósito ajeno a su actividad empresarial, Y también el Tribunal Supremo ha aceptado desde hace tiempo que la característica esencial del concepto de consumidor o usuario es que éste destina los bienes o servicios a fines privados o particulares, y no al ejercicio de su actividad profesional o empresarial. En este sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 2.012 que establece:

*"La normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto -LGDCU-, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor , como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1 , 2 y 3 ); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como " destinatario final ", con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios "para integrarlos en procesos relacionados con el mercado". En este contexto, si bien la*

*ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (párrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados". Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera mas restrictiva haciendo referencia a "las necesidades familiares o personales", o "a las propias necesidades del consumo privado de un individuo" ( SSTJ CE de 17 de marzo 1998 , 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005 ). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final " antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" ( SSTs 18 de julio de 1999 , 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000 , y 15 de diciembre de 2005 , nº 963, 2005)".*

No obstante, el citado artículo 3 del Texto Refundido debe interpretarse de forma conjunta con el artículo 4 de la misma norma, que define al empresario como *“toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”*, por lo que a la luz de tal precepto, puede deducirse que será la actuación de la parte actora como empresario o profesional lo que determinaría que no sea posible aplicar la normativa protectora de los consumidores y usuarios. Esta conclusión se apoya en la Jurisprudencia comunitaria, concretamente en la Sentencia de 430/2013, de 5 diciembre de la Sala Novena del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al interpretar el concepto de consumidor (en relación el sentido del artículo 6, apartado 1, letra d), del Reglamento 805/2004). Esta resolución, tras afirmar en su considerando 38 que consumidor es *“una persona que celebra un contrato para un uso que puede considerarse ajeno a su actividad profesional con una persona que actúa en el ejercicio de sus actividades comerciales o profesionales”*, concluye que el citado Reglamento *“no se aplica a los contratos celebrados entre*

*dos personas que no realizan actividades comerciales o profesionales”.*

Por las razones expuestas, puede sostenerse que es consumidor quien no es empresario y viceversa, lo que comportaría una suerte de círculo vicioso si no fuera porque la Ley define tanto al consumidor como al empresario y, por tanto, deben utilizarse los artículos 3 y 4 para obtener una verdadera definición de lo que ha de entenderse por consumidor lo que nos acerca al concepto de consumidor establecido a nivel comunitario.

En efecto, la Directiva 85/577/CEE referente a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, define al consumidor como "*toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúa para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional*", la Directiva 87/102/CEE lo conceptúa como "*la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión*", la Directiva 1999/44/CEE considera como tal a "*toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional*" y la Directiva 97/7/CEE, se refiere al consumidor como "*toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*".

Esta interpretación conjunta y efectuada a la luz de la normativa comunitaria, por una parte, resulta conforme con el sentido de la norma, por cuanto que en párrafo cuarto del punto I del Preámbulo del Real Decreto Legislativo 1/2007, puede leerse que "*la regulación sobre garantías en la venta de bienes de consumo, constituye transposición de directiva comunitaria que incide en el ámbito de la garantía regulado por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*", y, por otra parte determina que, a los efectos de

considerar consumidor a la parte actora, lo relevante sea que la misma haya actuado fuera de una actividad profesional o empresarial, de modo que podrá considerársele consumidor incluso en aquellos supuestos en que no hubiera tenido la intención de convertirse en destinatario final del bien que adquiere, siempre y cuando dicha operación sea ocasional, pues será la habitualidad lo que determine que sea posible calificar como profesional o no su conducta. Y ello, porque no puede olvidarse que la consideración de consumidor o profesional no es absoluta o extensible a la totalidad de las actuaciones efectuadas por una persona, sino que ha de predicarse respecto de la actividad concreta que se examina, pudiendo una misma persona tener la consideración de consumidor para determinadas operaciones y ser calificado como empresario para otras en el mismo marco temporal.

Esta conclusión se extrae también del considerando 12 de la Directiva 2014/17/UE, que establece que *“en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona en cuestión y dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor”*, siendo por tanto posible que quien sea profesional en determinados ámbitos de su actuación, sea consumidor en otros.

En cualquier caso, hemos de señalar que la modificación del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, efectuada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que entró en vigor el día 29 de marzo de 2.014 no afecta a lo expuesto, por cuanto que la misma únicamente tiene por objeto armonizar las definiciones de acuerdo con la Directiva referida, sin que se altere el contenido sustancial de las mismas.



A mayor abundamiento, la abusividad de una condición general ha de valorarse en atención a las circunstancias concurrentes en el momento de celebrarse el contrato en el que dicha condición general se inserta, de modo que las alteraciones fácticas posteriores no podrán incidir en la calificación del contrato ni de las partes. De modo que es posible que un contratante ostente la condición de consumidor en relación a un contrato determinado en el momento de su celebración en atención al objeto del mismo, por encontrarse fuera de su ámbito empresarial, y que posteriormente el objeto de dicho contrato llegue a incluirse en su ámbito empresarial, de tal forma que si celebrare un contrato idéntico, no tendría respecto de este último la consideración de consumidor. Este hecho no permitiría extender tal consideración respecto del primer contrato salvo en el caso de que la contratación se realizare a sabiendas de que posteriormente lo contratado entraría a formar parte del ámbito empresarial.

La fundamentación anterior ha de complementarse las reglas de la carga de la prueba recogidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que ha de atenderse al principio de facilidad probatoria de las partes de modo que, negando la demandada la condición de consumidor del actor, la carga de probar tal circunstancia, debe recaer sobre la demandada, pues lo contrario implicaría que se exigiera al actor probar un hecho negativo, lo que resulta de imposible cumplimiento.

Por lo tanto, será la demandada la que deberá acreditar que en el momento de celebrarse el contrato, la actora actuaba bien en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, o bien con la intención cierta y no hipotética de que el objeto del contrato habría de incluirse en el ámbito de su futura actividad empresarial o profesional.

Tal y como se puso de manifiesto al inicio del presente Fundamento de Derecho, la parte demandada no solo no ha aportado prueba alguna que permita considerar que la actora no actuó como consumidor, sino que ni siquiera ha formulado la más mínima argumentación.

**CUARTO.- Determinación del carácter de condiciones generales no negociadas individualmente de la cláusula impugnada.**

La parte demandada niega también que la cláusula objeto de impugnación sea una condición general de la contratación, y sostiene que se incorporó al contrato tras una adecuada negociación con la parte demandante.

Para solventar esta cuestión, ha de partirse de la definición que hace la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación en su artículo 1.1 que establece: *“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.”*

En el presente procedimiento no consta que la cláusula impugnada, ni el resto de las incluidas en el contrato, hayan sido fruto de una negociación individualizada entre las partes, y puede suponerse únicamente un muy limitado tracto negocial en el que la entidad bancaria hace una oferta determinada que está

previamente configurada y es irrevocable, y el consumidor se ve obligado a aceptar la cláusula o a acudir a cualquier otra entidad bancaria que realizará una oferta prácticamente idéntica.

Resulta evidente que este procedimiento no puede considerarse en ningún caso una negociación libre e individualizada. En este sentido, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 afirma que *“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”*, añadiendo que *“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”*.

En el momento de celebrarse el contrato, la parte actora tenía que elegir entre firmar el contrato presentado por la demandada, o acudir a otra entidad que habría de imponer similares condiciones, siendo este un hecho notorio que ha de considerarse probado conforme a lo dispuesto en el artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta asunción podría contradecirse fácilmente por la entidad demandada de haber seguido las disposiciones contenidas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994 que impone a la entidad bancaria la obligación de conservar la documentación de la negociación previa al contrato que mantuvo con el cliente, incluyendo la información que le habría facilitado sobre el producto bancario ofertado. Exhibiendo esta documentación podría acreditarse la existencia de negociación entre las partes con posibilidad real por el ejecutado de influir en el contenido del contrato, pero dado que no se ha aportado tal documentación, conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deberá entenderse que las cláusulas no se negociaron individualmente entre las partes, y

revisten el carácter de Condiciones Generales de la Contratación.

**QUINTO.- Análisis de los parámetros de control legales y jurisprudenciales relativos a la cláusula suelo.**

Estos criterios de control parten de la interpretación de la normativa europea, y deben conjugarse también con las premisas sentadas por el Tribunal Supremo en relación con las cláusulas suelo, principalmente a través de la Sentencia 241/13 antes citada, y de la posterior resolución 138/2015 de 24 de marzo que amplía y aclara varios de los aspectos analizadas en la primera. Para analizar esta cuestión deberá partirse de la base de que las cláusulas suelo serán válidas siempre que superen los parámetros de control que se analizarán en este Fundamento de Derecho: *“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”* (STS 241/13).

En relación con la “cláusula suelo” cuya nulidad se insta, y partiendo del hecho pacífico de que el demandante otorgó la escritura pública en su condición de consumidor, debe ponerse de manifiesto en primer lugar que la Directiva 93/13 de 5 de abril establece en su artículo 4.2 que *“la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación”*, y añade que *la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida”*.

Por lo tanto, dado que esta cláusula viene a definir el precio del contrato, deberá considerarse parte de su objeto y en consecuencia no podrá controlarse su contenido ni apreciarse su abusividad sobre la base de una falta de equilibrio entre las prestaciones derivadas de ella, y no podrá declararse su nulidad por falta de reciprocidad. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo en sus Sentencias 406/2012 de 18 de junio y 241/2013 de 9 de mayo.

Sin embargo, esta cláusula sí podrá y deberá ser sometida a un doble control de transparencia:

- Un primer control sobre el modo en que la cláusula se ha incorporado al contrato, que afecta como se ha mencionado anteriormente a todas las condiciones generales de la contratación, y que se traducirá en la comprobación del cumplimiento de la normativa bancaria. Esta normativa se encuentra en las Órdenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1.989, 5 de mayo de 1.994 y 28 de octubre de 2011, en la Ley 2/2009 de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares y en la propuesta de Directiva número 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito de bienes inmuebles de uso residencial.
- Un segundo control, que únicamente será de aplicación a los supuestos en que una de las partes del contrato sea consumidor, que se extenderá a la comprensibilidad real y efectiva de la importancia de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato, y que se deriva del artículo 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre que establece “... *en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas 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”.*

En relación con este segundo control, debe citarse la Sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo afirma 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”.*

La misma resolución enumera una serie de factores que indiciariamente pueden revelar una falta de transparencia, que según el Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013 *“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 meramente abusivo”.*

Estos factores o parámetros de control contemplados por el Tribunal Supremo son los siguientes:

- 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 del 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.”*

Por último, debe recordarse que de la Jurisprudencia constante del TJUE (Sentencias de 27 de junio de 2000, 21 de noviembre de 2002, 26 de octubre de 2006, 17 de diciembre de 2009, 14 de junio de 2012 y 4 de marzo de 2013) se desprende que hay una situación clara de inferioridad del consumidor frente a los profesionales con los que contrata, y este desequilibrio solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes, y esta intervención se hará a través de los Tribunales que podrán impedir que un consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva. En consecuencia el Juez deberá examinar el carácter abusivo de tales cláusulas.

Si bien es cierto que, no puede afirmarse con carácter general que el incumplimiento de los deberes de información previa y transparencia suponga automáticamente la consideración de una cláusula como abusiva, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia 138/2015 de 24 de marzo, con cita de la Sentencia 241/2013: *“La sentencia núm. 241/2013 afirma que «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas» (apartado 250).*

*Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente.”*

Lo cierto es que en la misma resolución, el Tribunal Supremo pone de relieve que el supuesto de las cláusulas suelo se aparta de la regla general expuesta por las especiales características de tales condiciones contractuales al afirmar: *“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.*

*Como decíamos en la sentencia núm. 241/2013, apartado 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 transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor”.*

**SEXTO.- Análisis de la cláusula contenida en la escritura pública, y del cumplimiento de los deberes de información previa y transparencia.**

Del análisis de la cláusula inserta en la letra d) de la cláusula TERCERA BIS (relativa al tipo de interés variable), de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el 18-5-2001 ante el Sr. Notario D. Antonio Velasco Casas cuyo tenor literal es el siguiente: *“d).- Tipo máximo y mínimo. Se establece que, en ningún caso, el tipo de interés será inferior al cuatro enteros por ciento, ni superior al catorce enteros por ciento”,* se infiere que la cláusula no supera el



control analizado en el anterior Fundamento de Derecho.

En primer lugar, porque no consta que se ofreciera al ejecutado ningún escenario relacionado con el comportamiento “razonablemente previsible” del tipo de interés en el momento de contratar, ni que se le ofreciera información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la entidad, ni mucho menos se ha acreditado por la demandada que cumpliera con lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de la Orden Ministerial de 1.994 , relativos a la entrega de folleto informativo y oferta vinculante respectivamente.

En este sentido, si bien en la escritura pública se contiene en la página 40 una advertencia del Notario autorizante del siguiente tenor literal: “*En aplicación de lo dispuesto por la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1.994, yo, el Notario, hago constar: Las condiciones financieras de la oferta vinculante que me exhiben y las cláusulas de esta escritura no discrepan; y las no financieras no implican comisiones o gastos que debieran incluirse entre las financieras*”, lo cierto es que esta advertencia no supone que la parte actora tuviera acceso a tal oferta vinculante, ni que conociera su contenido. Resulta en todo caso sorprendente que se afirme por la entidad la existencia de tal oferta vinculante y que no se aporte, siendo así que tal documento debería existir en el expediente de la operación y debidamente firmado por el cliente.

En segundo lugar, porque el suelo establecido figura en el mismo renglón que el techo, dando la apariencia de que la limitación a la baja del tipo de interés es una contraprestación de la restricción de las subidas, en los términos expresados por el Tribunal Supremo.

Por último, si bien la cláusula se inserta en la escritura pública en su propio apartado, y con un tenor literal perfectamente comprensible, lo cierto es que se incluye a continuación de una farragosa explicación sobre el funcionamiento del mecanismo financiero del interés variable cuya simple lectura sería insuficiente para que el consumidor medio conociera las posibles consecuencias de su aceptación, dificultad que se ve seriamente aumentada ante la omisión por parte de la entidad bancaria de la entrega de simulaciones ante posibles escenarios futuros, y su virtualidad práctica.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el contrato de préstamo hipotecario fue objeto de dos ampliaciones de capital, la última de ellas otorgada en escritura pública otorgada el

13-9-07 ante el Sr. Notario D. \*\*\*\*\*, manteniéndose en todo momento la referida cláusula hoy objeto de impugnación. Esta circunstancia, lejos de permitir suponer la existencia de negociación consciente y libre entre la actora y la demandada, permite más bien inferir lo contrario: que la demandante tuvo que aceptar una cláusula reproducida literalmente en dos novaciones, sin que en ninguna de ellas obtuviera la información necesaria.

Todos estos elementos permiten concluir que la entidad demandada no informó correctamente a su cliente del funcionamiento de la cláusula, que se traduciría en que en el supuesto de bajar el índice de referencia, el préstamo se convertiría de hecho en un préstamo a interés fijo en el que las variaciones del tipo a la baja no afectarían o lo harían de manera imperceptible en su beneficio, de modo que le fue imposible “... *identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos*”.

En último lugar, debe señalarse que la carga de probar que se cumplieron las exigencias de transparencia e información recae sobre la parte que insertó la cláusula en el contrato, y como ya se ha mencionado, la entidad demandada no ha desplegado la más mínima actividad probatoria de que se ciñó a lo exigido por la normativa, siendo así que es esa parte la que goza de mayor facilidad probatoria en tal sentido.

Por las razones expuestas debe declararse la nulidad de la cláusula limitativa del interés variable o cláusula suelo contenida en el último párrafo de la cláusula Tercera de la escritura pública.

#### **SÉPTIMO.- Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.**

La nulidad de la cláusula no comporta la nulidad del contrato en su integridad por aplicación de los artículos 12 de la Ley 7/1998, 83 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 y 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, que no son sino el trasunto del aforismo latino “*utile per inutile non vitiatur*”.

Esto se debe a que, aun cuando la denominada cláusula suelo participe de la definición del objeto del contrato en cuanto que lo limita para determinados supuestos, ello no comporta que forme parte esencial del mismo, habida cuenta de que el préstamo es un contrato inicialmente gratuito del que no se derivan intereses salvo que expresamente se pacte, conforme a los artículos 1.740 y 1.755 del Código Civil.

Se declara, por tanto, la subsistencia del resto del contrato, en cumplimiento del mandato del artículo 10.2 de la Ley 7/1998, sin que sea posible la restitución, integración o moderación de la cláusula declarada nula, por ser contraria esta posibilidad al Derecho de la Unión, pudiendo citarse, por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012.

Sobre esta base y puesto que el pronunciamiento de nulidad tiene carácter declarativo y no constitutivo, no cabe sino entender que la cláusula nunca debió aplicarse, lo que resulta lógico si atendemos al contenido del artículo 1.303 del Código Civil que establece que “*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*”, que se refieren a supuestos no aplicables al presente caso.

En este punto, debe destacarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante a la hora de señalar que, a pesar de que no haya sido solicitado por la partes, debe el tribunal pronunciarse sobre los efectos restitutorios de la nulidad declarada (Sentencias de 26 de junio de 1.946, 11 de junio de 1.971, 23 de octubre de 1.973, 22 de noviembre de 1.983, 28 de febrero de 1.989, 24 de febrero de 1.990, 11 y 24 de febrero de 1.992, 11 de febrero de 2.003, 27 de octubre y 22 de noviembre 2.006 y 8 de enero de 2.007, entre otras), dado que la

obligación de restitución no nace del contrato sino de la ley (Sentencias de 24 de marzo de 2.006 y de 22 de mayo de 2.006). En este sentido, cabe citar expresamente por su claridad la Sentencia 1385/2.011 de 23 de noviembre en la que el Alto Tribunal citando algunas de las resoluciones anteriores constata que *“para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia (...) considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curia" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia”*. Señalando posteriormente que *“esta doctrina es aplicable cuando el contratante hubiera omitido reclamar la restitución del precio y, también - argumento "a maiore ad minus"-, cuando, habiéndolo reclamado, no hubiera hecho referencia expresa a los intereses del mismo”*.

#### **OCTAVO.- Examen del alcance de la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.**

En este punto debe ponerse de manifiesto la existencia de una importante discusión en la materia, provocada por la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 241/2012 antes citada. Hasta el dictado de la referida resolución, la mayoría de la jurisprudencia se inclinaba en el sentido de acordar la restitución de todas las cantidades percibidas por el banco en aplicación de la cláusula considerada nula, de suerte que el consumidor quedaba en la misma posición en la que estaría de no existir tal cláusula, quedando él también obligado a devolver las cantidades que hubiera podido recibir por aplicación de la cláusula suelo.

No obstante, el Tribunal Supremo afirma en el punto décimo de la parte dispositiva de la referida sentencia 241/2012 que *“no ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia”*.

A esta conclusión llega el Tribunal Supremo sobre la base de dos razonamientos principales. El primero, justifica la utilización de las cláusulas de limitación del interés variable y la actuación de las entidades bancarias, al indicar en las letras a) a j) del razonamiento jurídico 293, que tales cláusulas son lícitas, útiles, justificables y claras, que su aplicación ha sido generalizada y tolerada y que las entidades bancarias cumplieron las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994, partiendo de la base de la existencia de buena fe en los círculos interesados.

El segundo razonamiento se basa en la necesidad de evitar un *“riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico”*, conforme a la letra k) del citado razonamiento jurídico. Todo ello, apoyándose en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, que dispone en su apartado 59 que *“puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves”*.

No obstante, esta doctrina, derivada de una sentencia dictada en el seno de un procedimiento en el que se ejercitaba una acción colectiva, no vincula

inexorablemente las posteriores decisiones de los tribunales inferiores, como admite el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/2012 dictada por el Pleno el 19 de marzo de 2.012, pues no cabe sino acudir a la prelación normativa consagrada en el artículo 1 del Código Civil de modo que, si bien es posible que la jurisprudencia del Tribunal Supremo complemente el ordenamiento jurídico, ello no comporta que dicha jurisprudencia prevalezca sobre la Ley.

Si bien el criterio del Tribunal Supremo ha determinado un importante cambio en la Jurisprudencia menor, reflejado en sentencias tales como las del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Murcia de 15 de mayo de 2.013, del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona de 18 de junio de 2.013, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de mayo de 2.013, de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de julio de 2.013, o de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres de 5 de noviembre de 2.013, entre otras, lo cierto es que este cambio no ha sido acogido unánimemente por todos los tribunales, tal y como se puede comprobar en las sentencias de los Juzgados de lo Mercantil Número 1 de Cádiz de 18 de enero de 2.013, Número 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013, Número 1 de Santander de 18 de octubre de 2.013 o Número 1 de Bilbao de 21 de octubre de 2.013 y de las Audiencias Provinciales de Álava (Sección 1ª) de 9 de julio de 2.013, Alicante (Sección 8ª) de 23 de julio de 2.013, Cuenca (Sección 1ª) de 30 de julio de 2.013 o Murcia (Sección 4ª) de 12 de septiembre de 2.013, Huelva (Sección 3ª) de 21 de marzo de 2.014, o incluso por este mismo Juzgado en su Sentencia de 21-9-15, entre otras.

Esta discrepancia ha determinado que se haya elevado la cuestión al TJUE, al que se le ha planteado la siguiente pregunta: “¿Es posible moderar por los tribunales la devolución de las cantidades que haya pagado el consumidor – a que esté obligado el profesional- en aplicación de la cláusula posteriormente declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia?”, y si bien el Tribunal Europeo aún no se ha pronunciado, lo cierto es que la comisión emitió un

informe de fecha 13-7-15 en el que se muestra contraria a la doctrina del Tribunal Supremo y afirma que *"no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ha pagado el consumidor -y a la que está obligado el profesional- en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia"*. No escapa a nadie que el informe de la Comisión no tendrá ningún valor vinculante para los órganos jurisdiccionales europeos ni de los Estados Miembros, pero sí que tiene un evidente valor a la hora de interpretar la cuestión.

Teniendo en cuenta estos factores, entiende este Juzgador que existen elementos suficientes para apartarse del criterio sentado por el Tribunal Supremo, y ello partiendo en primer lugar de la literalidad del artículo 1.303 del Código Civil que establece: *"declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses..."*.

El propio Tribunal Supremo reconoce que la reintegración es la norma general, lo que no es sino consecuencia de que, como señalaba el mismo Tribunal en sentencia 118/2012, de 13 de marzo (con cita de la sentencia 1385/2007, de 8 de enero) *"vinculan los artículos 1303 del Código Civil y 12, apartado 2, de la Ley 7/1998 a la nulidad del contrato o de alguna cláusula abusiva una propia "restitutio in integrum", como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar - "quod nullum est nullum producit effectum" (lo que es nulo no produce ningún efecto) -, dado que ésta se queda sin causa que la justifique"*.

El Tribunal Supremo, cuando en su resolución 241/2013 decide limitar el alcance de la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, parte de la existencia de una buena fe por parte de las entidades bancarias a la hora de incorporar tales condiciones, y en su proceder a la hora de informar al consumidor

en los términos ya expuestos, y afirma que *“se puede concluir 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”*.

La afirmación que hace el Tribunal Supremo sobre la presunción de la buena fe de los círculos interesados, no puede acogerse con carácter genérico para todas las operaciones de esta índole, sino que deberán examinarse las circunstancias de cada caso concreto para comprobar si existía esta buena fe que permite al Alto Tribunal, junto con la apreciación de un riesgo para la economía nacional, limitar el alcance de la nulidad de las cláusulas. De existir buena fe, deberá acogerse el criterio del Alto Tribunal, y limitarse el efecto retroactivo de la nulidad, pero en caso contrario, y partiendo de la interpretación del Tribunal Supremo, debe entenderse que la nulidad deberá desplegar todos sus efectos.

Sentada esa base, del examen de la escritura pública de préstamo se infiere que la entidad demandada no obró conforme a las reglas de la buena fe, ya que desatendió las obligaciones impuestas por los artículos 3 y 5 de la OM de 1994, y desatendió esta obligación hasta en tres ocasiones, ya que pudo haber documentado y entregado la oferta vinculante o el folleto informativo en cualquiera de las otras dos operaciones de ampliación de capital, sin que en ninguna de ellas se subsanara la omisión.

Esta omisión por parte de la entidad demandada impide, en consecuencia considerar que obró de buena fe, ya que conociendo tal omisión, no hizo nada por subsanarla, y en consecuencia procede acordar la restitución de las prestaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, y por lo tanto:









