



Roj: **SAP TO 967/2016 - ECLI: ES:APTO:2016:967**

Id Cendoj: **45168370022016100483**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **2**

Fecha: **18/10/2016**

Nº de Recurso: **69/2015**

Nº de Resolución: **579/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL CANCER LOMA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**TOLEDO**

**SENTENCIA: 00579/2016**

**Rollo Núm. .... 69/2015.-**

**Juzg. 1ª Inst. Núm.... 2 de Talavera de la Reina.-**

**J. Ordinario Núm..... 780/2012.-**

**TESTIMONIO**

**SENTENCIA NÚM. 579**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO**

**SECCION SEGUNDA**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

**D. JUAN MANUEL DE LA CRUZ MORA**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. RAFAEL CANCER LOMA**

**D. ALFONSO CARRIÓN MATAMOROS**

**Dª. ISABEL OCHOA VIDAUR**

En la Ciudad de Toledo, a dieciocho de octubre de dos mil dieciséis.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

**SENTENCIA**

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 69 de 2015, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 2 de Talavera de la Reina, en el juicio Ordinario núm. 780/2012, en el que han actuado, como apelante BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Fernando María Vaquero Delgado y defendido por el Letrado Sr. Jorge Capell Navarro; y como apelado INMOBILIARIA SAN JAVIER S.L., representado por el Procurador de los Tribunales Sra. Ana María Marco Gutiérrez y defendido por el Letrado Sr. Jesús Lázaro Ruiz.

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. RAFAEL CANCER LOMA, que expresa el parecer de la Sección, y son,

**ANTECEDENTES**



**PRIMERO:** Por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 2 de Talavera de Reina, con fecha 13 de junio de 2014, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuya PARTE DISPOSITIVA dice: "Que estimando la demanda interpuesta, DEBO ACORDAR Y ACUERDO la nulidad de la **cláusula** 2.3 de la escritura de compraventa con subrogación y novación de crédito hipotecario, de fecha 21 de junio del año 2.007, otorgada ante el Ilustre Notario D. Alfredo Gómez Hita, bajo el número 5019 de su protocolo, CONDENADO a la demandada a la devolución a la actora de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula, conforme a la liquidación practicada por el perito de la demandante, D. Gabriel en su informe de fecha 20/11/2013, por un importe total de 13.497,29 €, haciendo expresa imposición a la demandada de las costas causadas en el presente procedimiento.

**SEGUNDO:** Contra la anterior resolución y por Banco Popular Español S.A., dentro del término establecido, tras anunciar la interposición del recurso y tenerse por interpuesto, se articularon por escrito los concretos motivos del recurso de apelación, que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.

**SE REVOCAN EN PARTE** y en la forma que luego se dirá, los fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, que habrán de ser completados en la forma que se exprese, si bien se ratifican los antecedentes de hecho, que relatan la dinámica procesal, por lo que, en definitiva, son

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Se reproduce, por la representación procesal de la mercantil Banco Popular Español SA, la invocada infracción del artículo 86 ter 2.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esgrimiendo la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Talavera de la Reina para conocer de las acciones relativas a condiciones generales de la contratación, al venir atribuida en dicho precepto a los Juzgados de lo Mercantil.

Tratándose de una cuestión de orden público procesal, este Tribunal vendría obligado a examinar dicha controversia, atendiendo al momento de presentación de la demanda rectora del presente procedimiento el día 21 de noviembre de 2012.

Se plantea no obstante, en el caso concreto de autos, una **paradoja procesal**, que nos podría llevar a una situación absurda y contraria a las más elementales exigencias de la lógica jurídica.

La reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio, en vigor a partir del día 1 de octubre de 2015, supuso una modificación del artículo **86 ter 2.2** el cual en la actualidad reza así: "Las **acciones colectivas** previstas en la legislación relativa a condiciones generales de al contratación y a la protección de consumidores y usuarios".

La conjunción coordinante copulativa "y" da pie a interpretar que las acciones colectivas a las que hace referencia la primera proposición se enlaza con la legislación aludida (legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios), entendiéndose (implícitamente) fuera del ámbito de competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil las acciones individuales planteadas al amparo de la legislación relativa a condiciones generales y de defensa de los consumidores y usuarios.

Esta exégesis se antoja más próximo a la voluntad de legislador de limitar, por obvias razones de política procesal, un desmedido incremento de carga de trabajo que ya soportan los Juzgado de lo Mercantil.

De este modo, si la Sala finalmente acogiera la excepción planteada por la demandada, atendiendo al efecto jurídico-procesal de la litispendencia (los presupuestos de actuación de los Tribunales deben determinarse en el momento de presentación de la demanda, siendo ineficaces como regla general no exenta de excepciones) y declara la competencia del Juzgado de lo Mercantil correspondiente para el conocimiento de la demanda y, por ende, el sobreseimiento de las actuaciones, lo único que se lograría es obligar a la demandante a volver a plantear su demanda, debiendo esta nueva ajustarse a la norma de atribución de competencia actual que la confiere a los Juzgados de Primera Instancia. Así, son tácitamente retroactivas (salvo que otro efecto de eficacia se establezca) las normas de carácter procesal de modo que los actos o acciones de ejercicio de un derecho o derechos, aunque éstos hayan nacido con anterioridad al momento de dictarse la Ley procesal, deben ajustarse a las normas procesales nuevas vigentes en el momento de su nuevo ejercicio, tras el sobreseimiento del procedimiento precedente sin pronunciamiento de fondo.

En síntesis, creemos que la solución idónea a esta situación jurídico-procesal anómala debe atender a una mínima exigencia de lógica jurídica y defensa y protección del derecho a la tutela judicial efectiva, sin riesgo de lesión para la parte demandada cuyas posibilidades de alegación y defensa no se han visto erosionadas



por esta circunstancia, enfatizando, por último, la aplicación de la máxima de que toda interpretación que conduzca a un resultado absurdo no previsto ni querido por el legislador esta vedada.

Lo expuesto hasta aquí nos lleva a **desestimar dicha excepción**, entrando por ello en el examen de los motivos de impugnación sobre el fondo de la litis.

**SEGUNDO:** Se invocan, como motivos de impugnación sustantivos, la infracción de los artículos 2 y 3 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 del Consumidor y Usuarios, aclarando como argumento esencial que **la actora no ostenta la condición de consumidor**, así como la incorrecta interpretación de la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo sobre **control de transparencia de las cláusula suelo**.

Antes de cualquier otra consideración creemos oportuno dejar constancia de un dato fehaciente relevante para aclarar la aplicabilidad o no en el caso concreto de autos de la normativa europea y de ámbito nacional emanada en desarrollo de las Directivas Comunitarias para la defensa y protección de los consumidores y usuarios.

De conformidad con lo dispuesto en el **artículo 2** de la **directiva 93/13** CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre **cláusulas** abusivas en los contratos celebrados con consumidores a los efectos de la presente directiva se entenderá por "**consumidor**" toda persona física que, en los contratos regulados por la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

De otro lado el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la **Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios** y otras leyes complementarias, establece en su **artículo 3** que a los efectos de dicha norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Tendrán también la consideración de consumidores a los efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

En el **supuesto concreto de autos**, como se desprende de la propia escritura de compraventa con subrogación en el préstamo con garantía hipotecaria otorgada por Banco Popular Español S.A. a favor de la Sociedad Inmobiliaria San Javier SL (folios 38 y ss), nos situamos ante una operación concertada entre un profesional (entidad de crédito) y una **persona jurídica** (sociedad de responsabilidad limitada) **que actúa en el tráfico jurídico con un propósito relacionado con su actividad comercial o empresarial**.

Esta circunstancia determina que no sean aplicables en el caso concreto ninguna de las normas emanadas por la Comunidad Europea sobre **cláusulas** abusivas en los contratos con consumidores (**Directiva 91/13 CEE** del Consejo, de 5 de abril, o en la **Directiva 2008/48** del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo en la que expresamente se excluye de su ámbito de aplicación artículo 2.2 a "los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o garantía comparable sobre bienes inmuebles").

Por efecto reflejo, tampoco lo sería 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 y otras leyes complementarias, ni la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (dictada al objeto de incorporar al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 2009/48 CEE).

Ahora bien, el hecho de que no sean aplicables al caso concreto planteado las normas que establecen una especial protección al consumidor que contrata con un profesional, no excluye que pueda lograrse esa tutela por el cauce de la **Ley 7/1998**, de 13 de abril, **sobre condiciones generales de la contratación** dictada con objeto de transponer la Directiva 93/13 CEE), intentando dar respuesta a las exigencias de la buena fe y equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Esta Audiencia se ha pronunciado en ocasiones precedentes destacando el carácter "sui generis" de **las condiciones generales los contratos de adhesión**, como resultado y exigencia de la contratación en masa, cuya principal peculiaridad se centra en estar excluidas de la discusión precontractual de las partes, a diferencia de las condiciones particulares que se pueden adaptar a las circunstancias de cada cliente y redactarse de común acuerdo, viniendo aquellas preestablecidas por el \_iencia\_nerte, bajo el control o inspección del Estado, imponiéndose al cliente sin posibilidad de ser modificadas por éste, y si bien hace que las mismas participen de las características del Derecho objetivo o normado, no desvirtúa su naturaleza esencialmente contractual, cuya eficacia, vinculante sólo para las partes, nace de la adhesión y, en definitiva, del consentimiento del aceptante, al no tener tampoco el carácter de una declaración unilateral obligatoria; y de ahí que el contenido de las condiciones, no impida la aplicación a ellas de las normas generales de los



contratos y en particular de los arts. 1.254 y 1.261-1º del CC , como ha declarado una reiterada jurisprudencia, que viene aplicando a estas **cláusulas** de adhesión los preceptos relativos a la interpretación de los contratos, y en particular la regla de que la interpretación de las **cláusulas** oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad ( art. 1.288 CC ), que en este caso sería el predisponente ( SS TS 31 marzo 1973 , 3 febrero 1989 y 4 julio 1997 ).

Por otro lado, esta materia ha sido objeto de regulación específica mediante **Ley 7/1993, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación** .

Dicha Ley surge como resultado de la transposición de la Directiva 93/13/ CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, **vinculada al esfuerzo de proteger la igualdad de los contratantes como presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales, representado un imperativo de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica**, según reza el propio preámbulo de la misma.

En este contexto, las exigencias de la **buena fe y el justo equilibrio** que debe presidir el desenvolvimiento de la relación contractual (en el que sus condiciones generales están predispuestas e incorporadas al contrato por una de las partes) esta reñida con la introducción por el \_iencia\_ nerte de **cláusulas** lesivas o abusivas prevaleciendo de su posición dominante, especialmente cuando suponen un claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes o pueden determinar un perjuicio desproporcionado para la otra.

El efecto que la Ley anuda a este tipo de condiciones es la **nulidad** cuando el contrato haya sido celebrado con un consumidor, pero también juega un papel esencial la figura de la "**no incorporación al contrato** si el adherente no ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de la celebración o no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos previstos en el art. 5 de la misma.

Señala el preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril que "la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales.

Se aclara igualmente que una **cláusula** es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes.

Se pretende distinguir entre condiciones generales y **cláusulas** abusivas, siendo estas últimas aquellas en las que en contra de las exigencias de la buena fe se causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales. Aunque el concepto de **cláusula** contractual abusiva adquiere un significado propio en el ámbito de la contratación con los consumidores, **ello no significa que en las condiciones generales entre profesionales no puedan existir abuso de una posición dominante , pero en ese caso la apreciación de ese posible desequilibrio injustificado se sujetará a las normas generales de la contratación, sin que nada impida que judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general abusiva por ser contraria a la buena fe que claramente cause un desequilibrio especialmente significativo en los derechos y obligaciones de las partes** .

**TERCERO:** Tomando como referencia la legislación relativa a las condiciones generales como marco para llevar a cabo el control de los requisitos exigidos en la Ley 7/1992, de 13 de abril, para que una condición general pueda pasar a formar parte del contrato, es condición o exigencia esencial que la redacción de la **cláusula** se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

En el supuesto planteado, la lectura de la **cláusula** decimotercera 2. 3, bajo el título destacado en negrita "limite a la variación del tipo de interés aplicable" establece (ahora no en negrita): -No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal mínimo aplicable en este contrato será del 4,00 %".

Dicha **cláusula**, en abstracto, cumple las exigencias de claridad, concreción y sencillez en su redacción, si bien el control de transparencia debe venir asociada a un examen específico de las circunstancias anteriores y coetáneas a la firma de la escritura.

En circunstancias normales la entidad de crédito debe informar al cliente, que pretende subrogarse en el préstamo hipotecario, de las condiciones esenciales de la subrogación, lo cual podrá lograrse poniendo a disposición de la misma, con suficiente antelación, el borrador o proyecto tipo.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 de la citada Ley sobre condiciones generales de la contratación debemos presumir que el Notario (que intervino en el otorgamiento de la escritura de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario) veló por el cumplimiento, en el documento que autorizaba, de los requisitos de incorporación a los que hace referencia los artículos 5 y 7 de esta Ley.

En su caso, una vez confeccionado en proyecto específico de escritura de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario, debería el subrogado disponer de un plazo razonable de tiempo previo a su otorgamiento



para poder comprobar las posibles concordancias o no entre la información facilitada por la entidad de crédito y las condiciones reflejadas en el proyecto.

Finalmente el hecho de que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios no sea obligatoriamente aplicable en el supuesto de autos (al no concurrir simultáneamente en el tiempo de otorgamiento de la escritura de subrogación en el préstamo hipotecario las circunstancias, previstas en el artículo 1.1 de la citada Orden Ministerial) no excluye que los usos y buenas prácticas bancarias se cumplan de forma diligente y leal, primando el deber profesional de facilitar a cualquier cliente, tenga o no tenga la condición de consumidor, una información clara, completa y transparente de las condiciones del préstamo con garantía hipotecaria vinculado al contrato de compraventa del inmueble que desea consumarse. Habitualmente dicha información es conveniente facilitarla en formato normalizado, incluyendo las circunstancias y advertencia apropiadas sobre las condiciones esenciales de la operación, aclarando personalmente cualquier duda o aclaración, salvo que el perfil socioeconómico de su cliente permita considerar al mismo como un profesional con experiencia en el ámbito de la actividad de la compraventa de inmuebles con subrogación en préstamos hipotecarios.

**CUARTO** : Pues bien, a la vista de la prueba practicada en el plenario, esta Sala concluye que no resulta suficientemente probada que la demandada haya cumplido diligentemente y con la lealtad exigible su deber de información expresa al demandante de las condiciones financieras esenciales de subrogación en el préstamo hipotecario en el modo o uso bancario habitual para ello (acto preparatorio esencial a juicio de esta Sala) para determinar el grado de transparencia con la que dicha información fue facilitada al cliente.

En este punto creemos que, dentro de la presumible facilidad probatoria a disposición de la demandante, tal circunstancia no aparece debidamente acreditada y si bien en el momento de celebración del contrato y ante las advertencias del Notario sobre el contenido de las estipulaciones reflejadas en el mismo (particularmente cuando se hubieren establecido límites a la variación del tipo de interés) la demandante podría haber mostrado su voluntad de desistir de la operación, ello habitualmente no suele ocurrir por ignorancia y no tanto por falta de celo del cliente.

Por último, consideramos que este tipo de **cláusulas** (bajo el paraguas de una serie de argumentos, también razonables, como representan el principio de libertad de pactos en la contratación y por ello en la determinación del tipo de interés o la necesidad de favorecer la estabilidad financiera del conjunto de las entidades de crédito así como la accesibilidad de los profesionales y consumidores al mercado financiero y por ende al mercado inmobiliario) encierran un efecto no deseado que se traduce en un **desequilibrio en la posición que ocupa cada una de las partes** en función de la capacidad y fuerza que disponen para negociar las condiciones reales, olvidando que esa igualdad real constituye un imperativo de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica.

En este sentido, debemos nuevamente subrayar que, con independencia de la prestación del consentimiento por el prestatario y su reflejo en la escritura pública, el orden y modo en el que aparecen reflejadas las condiciones de la novación modificativa del préstamo hipotecario puede dar pie a confusión, pues la lectura del punto 2. ("Modificación del Tipo de Interés") hace referencia desde un principio a la variación del tipo de interés inicial aludiendo a la adición al "tipo de interés de referencia" de un margen de 0'75 puntos porcentuales fijando como tipo de interés de referencia al tipo interbancario a un año (Euribor) publicado mensualmente en el BOE, para más tarde reflejar en el punto 2.3 que "se acuerda y pacta expresamente por ambas partes que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del **4%**." Aunque el título de este apartado aparece destacando en negrita "Limite a variación del tipo de interés aplicable", no lo está, sin embargo la referente al pacto expreso sobre el tipo de interés nominal mínimo aplicable a este contrato que sería del **4%** .

El deber de transparencia que debe observar la entidad de crédito se traduce en garantizar que el cliente tiene la posibilidad real de conocer el alcance de esa limitación y, en tal caso, la forma lógica de redactar dicha **cláusula** debería comenzar su enunciado advirtiendo al cliente que, en todo caso, se pacta de manera expresa un tipo de interés mínimo anual del 4'00% y, aclarada esa circunstancia esencial en la concreción del tipo de interés, desarrollar todas las condiciones en las que puede variar el interés. Traducido en palabras, de forma sibilina se aclara solo al final y de forma velada que el cliente no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (Euribor). Se logra captar la atención del cliente en la posibilidad de optar por un tipo variable inferior pero que, como consecuencia de la limitación fijada (**cláusula suelo**), lo sería a un tipo superior durante la vida del contrato que cualquier otra oferta a tipo variable real o puro, con un diferencial superior pero que permita también ser aprovechado por el cliente cuando se produzca una bajada en el tipo de referencia.

**QUINTO** : Como corolario de lo hasta aquí expresado podemos concluir que la declaración de no incorporación de la **cláusula** y de la falta de eficacia de la misma declarada en la sentencia impugnada fue ajustada a Derecho,



debiendo no obstante no obstante limitar los efectos restitutorios de la misma a la fecha en que se dictó la primera sentencia por el Tribunal Supremos que, salvo error de esta Sala, estaría representada por la de fecha **9 de mayo de 2013** .

Solo en relación con este último extremo ( limitación temporal de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad ) puede y debe ser parcialmente estimado el recurso, en aplicación de la propia doctrina jurisprudencial que se desprende de las recientes sentencias dictada por el Pleno de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, con especial referencia a la dictada el 23 de diciembre de 2015 , refrendada provisionalmente en las conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con la limitación que se consigna en el fallo de al sentencia referida, apartado décimo de su fallo, cuando establece 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 **nilos pagos ya efectuado en la fecha de publicación de esta sentencia**.

**SEXTO** : Dadas las dudas que genera la interpretación del alcance y aplicación de la normas relativa a la determinación de la atribución de competencia objetiva para conocer de la materia objeto de la demanda así como de la legislación sobre condiciones generales de los contratos, en particular de las **cláusula suelo**, encontrándose incluso pendiente un procedimiento prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto acumulado C- 54/15 , C- 307/14 y C- 308/15 ), entendemos oportuno la no formulación de pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.

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

## FALLAMOS

Que **ACOGIENDO** parcialmente el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.L., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 2 de Talavera de la Reina, con fecha 13 de junio de 2014 , en el procedimiento Ordinario núm. 780/2012 seguido ante el mismo, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE** la misma en el único sentido de limitar los efectos de la declaración de nulidad a la **cláusula** Decimotercera, 2.3 de la escritura de compraventa y subrogación y novación, otorgada el 21 de junio de 2007 ante el Ilustrísimo Notario D. Alfredo Gómez Hita, bajo el número 5019 de su protocolo, a los pagos realizados con posterioridad a la fecha de publicación de al sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala de la Civil, el **día 9 de mayo de 2013** (S núm. 1916/2013), sin especial pronunciamiento de condena por las costas generadas en ambas instancias.

De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional décimo quinta L.O. 1/09 se hace saber a las partes que no se admitirá a trámite ningún recurso, sino se justifica la constitución previa del deposito para recurrir en la cuenta de depósitos, lo que deberá ser acreditado.

Nº de c/c 4328 0000 + clave + nº de procedimiento y año.

Claves:

00 (reposición) (25 euros).

01 (revisión resolución secretario) (25 euros).

02 (apelación) (50 euros).

03 (queja) (30 euros).

04 (infracción procesal) (50 euros).

05 (revisión de sentencia) (50 euros).

06 (casación) (50 euros).

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firma mos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. RAFAEL CANCER LOMA, en au \_iencia pública. Doy fe. Toledo ocho de noviembre de dos mil dieciséis.

**Lo inserto concuerda bien y fielmente con su original al que me remito. Doy fe.**



Roj: **SJPI 574/2016** - ECLI: **ES:JPI:2016:574**

Id Cendoj: **01059420072016100198**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **7**

Fecha: **27/10/2016**

Nº de Recurso: **331/2015**

Nº de Resolución: **200/2016**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **MARIA TERESA TRINIDAD SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**UPAD MERCANTIL - JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VITORIA-GASTEIZ**

**MERKATARITZA-ARLOKO ZULUP - GASTEIZKO MERKATARITZA-ARLOKO 1 ZENBAKIKO EPAITEGIA**

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª planta - C.P./PK: 01008

TEL.: 945-004877

FAX: 945-004827

NIG PV/ IZO EAE: **01.02.2-15/008533**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **01059.47.1-2015/0008533**

Procedimiento / *Prozedura* : **Pro.ordinario / Proz.arrunta 331/2015 - I**

Materia: **DERECHO MERCANTIL**

Demandante / *Demandatzailea* : **EGULARRE GASTEIZ S.L.**

Abogado/a / *Abokatua* :

Procurador/a / *Prokuradorea* : **ISABEL GOMEZ PEREZ DE MENDIOLA**

Demandado/a / *Demandatua* : **LABORAL KUTXA**

Abogado/a / *Abokatua* :

Procurador/a / *Prokuradorea* : **ANA ROSA FRADE FUENTES**

**SENTENCIA Nº 200/2016**

En Vitoria-Gasteiz, a 27 de octubre de 2016.

Vistos por mí, M<sup>a</sup> Teresa Trinidad Santos, Magistrada- Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, los presentes autos del Juicio Ordinario 331/15 entre partes, de una como demandante, EGULARRE GASTEIZ S.L. representada por la Procuradora Isabel Gómez Pérez de Mendiola y asistida de la Letrada Gracia María Herrera Delgado y de otra como demandada CAJA LABORAL POPULAR SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO representada por la Procuradora Ana Rosa Frade Fuentes y asistida del Letrado Rafael Monsalve del Castillo, sobre condiciones generales de la contratación, y los siguientes

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Procuradora Sra. Gómez interpone, en nombre y representación de EGULARRE GASTEIZ S.L. demanda de Juicio Ordinario contra la entidad CAJA LABORAL POPULAR SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, en la que tras alegar los hechos que en ella se indican e invocar los fundamentos jurídicos que estima aplicables, termina suplicando que se dicte sentencia en la que:



1. Se declare la nulidad del último párrafo de la **cláusula** Tercera bis del contrato de préstamo hipotecario que establece el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 4% y cuyo contenido literal es el siguiente:

"El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al QUINCE por ciento ni inferior al CUATRO por ciento nominal anual".

2. Condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades cobradas en virtud de la condición declarada nula de acuerdo con las bases explicadas ut supra, a partir de la publicación de la Sentencia del TS de 09.05.2013 y hasta la efectiva supresión de la **cláusula**.

3. Condene a la demandada al pago de los intereses de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro.

4. Condene a la demandada al pago de las costas causadas.

**SEGUNDO** .- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para contestar. La demandada contesta a la demanda oponiéndose a la pretensión de la contraria con los hechos y argumentos que expone en su escrito y que serán objeto de análisis en la fundamentación jurídica.

**TERCERO** .- En la Audiencia Previa, se delimitan los hechos litigiosos, se propone y admite prueba y se señala el juicio.

**CUARTO** .- En el acto del juicio se practica la prueba propuesta, admitida, salvo la renunciada por la actora y la que no es posible practicar por inasistencia repetida de los citados, las partes formulan conclusiones y queda el pleito visto para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La demandante ejercita acción individual de nulidad de la conocida como "**cláusula suelo**" inserta en el contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demandada, al amparo de lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

**SEGUNDO** .- Son hechos probados, sin perjuicio de los que se irán introduciendo a lo largo de los razonamientos jurídicos sucesivos, los siguientes:

El 16.01.2019 la sociedad EGULARRE GASTEIZ S.L. suscribió un contrato de préstamo hipotecario con IPAR KUTXA RURAL, S. C.C. ¿ hoy CAJA LABORAL POPULAR S.C.C.-, mediante escritura pública autorizada por el Notario Alfredo Pérez Ávila, bajo el número 125 de su protocolo (doc. 2 demanda).

La prestataria actuaba en el acto del otorgamiento representada por Pedro Antonio , socio y apoderado de EGULARRE GASTEIZ S.L. en virtud de escritura de apoderamiento otorgada por el administrador único, Conrado el 16.01.2008 (doc. 1 y 2 demanda).

La sociedad demandante fue constituida el 14.03.2006 y tiene por objeto la compraventa, permuta y en general , la adquisición y enajenación por cualquier título de terrenos, solares y en general fincas rústicas o urbanas de cualquier especie (doc. 4 contestación y 2 demanda).

El préstamo suscrito con CLP en el que se incluye la **cláusula** impugnada, se contrata para financiar la construcción de una serie de viviendas en las fincas propiedad de la sociedad y que son hipotecadas. Exactamente se proyecta realizar la construcción de 29 viviendas en bloque en la parcela residencial nº 2 de la Unidad de Ejecución "UE-11" del SUR3 de Alegría Dulantzi (Álava) y la construcción de 3 viviendas unifamiliares en la casa señalada con el número uno de la calle Gasteiz Bidea de la misma localidad.

El capital contratado asciende a 2 millones de euros, con un plazo máximo de amortización de 38 años, un tipo fijo inicial durante los seis primeros meses del 5,950 % y a partir del 10.08.2009, con revisión semestral, un tipo de interés variable resultante de adicionar al tipo básico de referencia (Euribor) un diferencial del 1,10 o 1 punto una vez haya finalizado la promoción.

Sin embargo, la variabilidad del tipo de interés se encuentra limitada por un tope mínimo y uno máximo. El último párrafo de la **cláusula** tercera bis ¿que ocupa en la escritura pública casi dos folios por ambas caras y se dedica a describir el tipo de interés variable-, dice:

"El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al QUINCE por ciento ni inferior al CUATRO por ciento nominal anual".

**TERCERO** .- Sobre la consideración de la **cláusula** impugnada como condición general de la contratación.





La primera cuestión que es objeto de controversia es si estamos o no ante una condición general de la contratación, pues la demandada lo niega argumentando que ha sido negociada individualmente, que no ha sido impuesta y que forma parte del objeto principal del contrato.

Para considerar la **cláusula** condición general de la contratación han de concurrir, según el art. 1 de la LCGC, los siguientes requisitos: a) contractualidad; b) predisposición; c) imposición; d) generalidad. En cambio es irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones General de Contratación opera para ambos y c) que otros elementos del contrato hayan sido negociados individualmente, si esta circunstancia no se da en la **cláusula** impugnada y la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, rec. 1217/13 insiste en los mismos razonamientos que la STS de 09.05.2013 : "La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica comercial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013 ). En síntesis, entre las conclusiones de la doctrina jurisprudencial allí declarada, (Fundamento de Derecho Séptimo y Octavo, párrafos 131 a 165), se resaltaban las siguientes consideraciones:

"-párrafo 144; a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una **cláusula** contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una **cláusula** -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial".

"-Parágrafo 165; 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, se adhiere y consiente contratar con dicha **cláusula** o debe renunciar a contratar.

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

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

d) La carga de la prueba de que una **cláusula** prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

Ahondando en esta cuestión, la Sentencia de la A.P. de Pontevedra, de 14.05.2014 , señala que: el art. 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores, ha de acudir al art. 3.2 de la Directiva 93/13 CEE , del Consejo, conforme al cual "(s)e considerará que una **cláusula** no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión". (¿) Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de la prueba de los hechos notorios ( SSTS de 02.03.2009 , 09.03.2009 , 18.11.2010 y de 09.05.2013 ), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 pfo. 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, y en el art. 82.2 pfo.- 2º del TRLCU, según el cual "(e) empresario que afirme que una determinada **cláusula** ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba".

Es un hecho notorio que las escrituras públicas de préstamos hipotecarios se redactan por el Notario conforme a la minuta preparada, redactada y presentada por la entidad financiera. A día de hoy constituye igualmente un hecho notorio que al menos determinadas entidades utilizaron durante un tiempo este tipo de **cláusulas** limitativas de la variación del tipo de interés en una pluralidad de contratos. La cuestión es si la **cláusula** fue objeto de específica y verdadera negociación en este caso o por el contrario es una **cláusula** impuesta. Imposición que evidentemente no significa que se haya obligado al cliente a contratar con la demandada ¿o que tuviera obligación de hacerlo- sino que se trate de una **cláusula** que se presenta como necesaria en



la oferta que la entidad efectúa al cliente y que éste no puede influir en su supresión o en su contenido. Negociación que correspondería acreditar a la demandada como empresario predisponente ( art. 3.2 pfo. 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, y en el art. 82.2 pfo.- 2º del TRLCU). Sin embargo, pese a que la demandada insiste en negar la naturaleza de condición general de la contratación de la **cláusula** impugnada, los argumentos que utiliza no pueden ser aceptados porque se oponen a la jurisprudencia antes citada. El que la **cláusula** se refiera al objeto principal del contrato no excluye la naturaleza de condición general, como tampoco el hecho de que, en teoría, el prestatario pueda elegir entre distintas ofertas del mismo empresario o entre ofertas de distintos empresarios. Si lo que la entidad ofrece al cliente es una oferta global (un determinado capital, plazo de amortización, tipo de referencia, diferencial, bonificable o no, comisiones, tipo fijo inicial,¿) que el cliente solo puede aceptar en bloque o rechazar y optar por otra modalidad distinta de préstamo u otra oferta global en la que cambian sustancialmente el resto de condiciones financieras para obtener un préstamo sin **cláusula suelo**, no hay verdadera negociación individual. Tampoco por el hecho de haber podido negociar otras **cláusulas** o condiciones, como el plazo de amortización, o ¿en teoría- el diferencial pactado, se excluiría el carácter no negociado de la **cláusula** impugnada.

Ninguna prueba existe de la efectiva negociación de la **cláusula** impugnada. La demandada que es quien tiene la carga de acreditarla como empresario predisponente se vale del testimonio de su propio empleado que en realidad nada en concreto nos dice sobre la negociación de esta **cláusula** concreta. Nada en concreto porque una efectiva negociación pasa por una oferta de la entidad, contraoferta del cliente, intercambio de peticiones-contestaciones y el acuerdo final. Estar "informado" de lo que se contrata, que es en lo que incide el testigo ¿y sobre lo que se volverá en el momento adecuado- no implica haber negociado individualmente una **cláusula** concreta. Al margen del testimonio de Miguel , la demandada aporta documental que nada nos dice sobre una supuesta negociación. Aporta el documento de autorización al tratamiento de datos de carácter personal y un informe interno ¿informe confidencial- en el que no se ve ni rastro de una posible negociación entre las partes sobre la **cláusula** limitativa de la variación del tipo de interés.

**CUARTO** .- *Aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y control de inclusión* .

Por tanto, partimos de que la **cláusula** impugnada constituye una condición general de la contratación, resultando de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

No es objeto de discusión ¿y no se pretende por la demandante- que la prestataria no ostenta la condición de consumidor. La demandante prestataria es una sociedad que contrata el préstamo para el desarrollo de la actividad que constituye su objeto social, adquisición y venta de fincas rústicas o urbanas. En este sentido es **persona jurídica** que actúa directamente o a través de otra persona en su nombre con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (art. 4 TRLGDCU 1/2007).

Pero la citada ley de condiciones generales no queda restringida a proteger los Consumidores, pues su art. 1, al detallar su ámbito subjetivo, dispone que "La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica ¿adherente". Hay que tener en cuenta que la contratación bajo condiciones generales de la contratación, que se configura como un fenómeno de la contratación en masa, conceptualmente diferente al contrato por negociación, se da por un empresario predisponente por un lado y por otro, bien un consumidor, bien otro empresario. Al margen de que la protección en el ámbito del consumo haya de ser superior, en el sentido de exigirse además del control de inclusión, un segundo control de transparencia, el fenómeno es el mismo y por ello, cuando hablamos de transparencia en la contratación, hay que tener en cuenta que el fundamento no es garantizar la validez del consentimiento del adherente, desde el plano del error o vicio del consentimiento , sino garantizar el cumplimiento por parte del predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual. Deberes de información que podrán ser más rigurosos si tratamos de consumidores, pero ello no implica que se excluya todo deber de información y transparencia por parte de las entidades financieras cuando tratamos de un préstamo que estrictamente no pueda catalogarse en el ámbito del consumo privado o doméstico. Es más, no podemos perder de vista que en materia de productos y servicios bancarios, las entidades financieras asumen como objetivos (tal como recuerda la S. de la AP de Huelva de 21.03.2014, rec. 151/13), el llamado espacio MIFID, como consecuencia de la entrada en vigor de la Directiva 2004/39 CE, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros, y sus dos normas de desarrollo, la Directiva 2006/76 CE ya citada y el Reglamento CE 1287/2006. Y aunque estrictamente la dictada normativa se refiere a servicios de inversión, la catalogación de los clientes, a efectos de transparencia e información, no se refiere a consumidor y no consumidor, sino en minorista o profesional. Así, los clientes minoristas, fundamentalmente todos los particulares que actúan como personas físicas, pymes, etc., reciben el máximo nivel de protección previsto, tanto en la realización de los tests, como en el alcance de la documentación pre y post contractual que ha de ser puesta a disposición de los mismos.



Esto implica que si en el ámbito de consumidores las condiciones generales deben superar un doble control de transparencia, el de inclusión y el cualificado o de transparencia real, además del control de contenido o de abusividad propiamente dicho, cuando tratamos de contratos de adhesión entre profesionales no resultaría aplicable ni el control de abusividad, ni el control cualificado de transparencia, debiendo detenernos, en principio, en el control de inclusión. Esto resulta asumido en la STS nº 367/16, de 3 de junio, en la que se parte de la superación del control de inclusión y se desestima el recurso de casación, pero el Tribunal, pero lo importante al efecto que interesa en nuestro caso es que considera que el segundo control de transparencia, diferente del mero control de inclusión, está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y del TS, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, pero no ocurre lo mismo con el control de inclusión que sí se estima aplicable a la contratación entre profesionales.

Control de inclusión que no es más que la aplicación de la propia normativa nacional, Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Dice el art. 5.1 pfo. 2 LCGC que "No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas" y el art. 5.4 "La redacción de las **cláusulas** generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez". La sanción, viene prevista en el art. 7 y en el art. 8.1. El primero dice:

" No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

- a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las **cláusulas** contenidas en el contrato".

El segundo: " 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

Por ello, no se limita el control de inclusión a la claridad gramatical de la **cláusula**, sino que, resulte aplicable o no la normativa sectorial específica de la contratación bancaria (me refiero con ello a la OM de 05.05.1994 o la posterior Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre), conforme a la legislación mercantil el predisponente habrá de informar al adherente de las condiciones generales que pretende introducir en el contrato y habrá de facilitarle un ejemplar de las mismas. Es decir, la información sobre las condiciones generales de la contratación a efectos de tenerlas por válidamente incorporadas al contrato, pasa por entregar al adherente por escrito un ejemplar de las mismas y habrá de hacerlo en buena lógica antes del otorgamiento de la escritura pública. El deber de información pesa sobre el empresario predisponente, no sobre el notario que, una vez otorgada la escritura facilita copia de la misma a las partes; ni sobre el propio adherente que puede examinar el proyecto de escritura en la Notaría con antelación a la firma. Recae sobre el predisponente que en el curso de la oferta comercial, es decir, cuando se propone "vender su producto" al adherente, tendrá que informarle y facilitarle por escrito las **cláusulas** contractuales que vienen impuestas en su oferta. Debe hacerlo previamente a la decisión de adherirse al contrato por el prestamista, pues conocer las **cláusulas** del contrato tiene que ser un hecho previo a decidir si se contrata o no con la demandada ¿o con otra entidad o finalmente se desiste del proyecto-. No tiene ningún sentido trasladar el deber de información al momento del otorgamiento de la escritura, ni a los días previos en que puede examinarse el proyecto en la Notaría. No se habrá de incurrir en gasto notarial antes de decidir si se va a contratar o no con CLP y para ello deberá conocerse qué **cláusulas** vienen impuestas en el contrato.

**QUINTO** .- Aclarado lo anterior, debe partirse de que la demandante alega el hecho negativo de falta de información. Frente a ello, la demandada, que es quien alega el hecho positivo, es quien debería encontrarse en disposición de aportar la prueba que acredite la información y documentación que se entregó a la prestataria (regla de la facilidad y disponibilidad de la prueba, art. 217.7 LEC ).

No se trata como dice el Sr. Miguel de que "nadie se crea que se firma un préstamo para una promoción inmobiliaria sin que sepan lo que firman", ni tampoco, como pretende insistentemente la demandada, que uno de los interlocutores de la demandante, el Sr. Juan Enrique, pudiera tener experiencia en la realización de promociones. De lo que se trata es de si la entidad financiera informó de la existencia de la **cláusula** limitativa entre las condiciones generales que iba a introducir en la minuta que dirigiría a la notaría y de si entregó un ejemplar de las mismas por escrito al representante de la entidad prestamista en los tratos previos



al otorgamiento de la escritura. Y se trata claro está de si la entidad demandada prueba haber dado esa información y haber entregado ese documento.

No lo hace. La testifical que aporta, de su propio empleado, tiene un valor probatorio muy limitado, cuando no nulo, al no resultar apoyada o corroborada mínimamente. El TS ha señalado en sentencia de 12.01.2015 que no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que X cumplió con su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y pro tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado, lo que resulta plenamente aplicable en este caso. Pero es que además, lo que nos dice el Sr. Miguel es que le resulta increíble que pudieran firmar una operación de este tipo sin saber lo que firmaban y que todas las **cláusulas** del contrato se comentan a los clientes, pero no puede recordar ¿como es lógico por otro lado- en qué momento y a quién informó de la existencia de un límite a la variabilidad del tipo de interés de un 15% y 4%.

Por lo demás, ninguna documental aporta la demandada que permita concluir que se tuvo que entregar un ejemplar de las condiciones generales ¿llámese oferta vinculante o como se quiera al documento- en el curso de la oferta comercial. Lo que se aporta es un documento interno ¿informe confidencial- que elabora el gestor para dirigirlo al departamento competente para autorizar la operación. El contenido del documento hace referencia a datos de la prestamista y de la financiación que se precisa a fin de que se valore el riesgo/rentabilidad de la operación, pero en ningún caso es un documento que permita traslucir algún tipo de información concreta al adherente.

Por tanto, siendo sumamente escasa la documentación que obra en poder de la Caja en cuanto al trato e intercambio de información con el potencial cliente en el curso de la oferta y contando únicamente con la escritura pública, cuyo otorgamiento ya se ha dicho no es el momento de informar al adherente, no hay prueba de que se facilitara a la demandante un documento en el que se recogieran las condiciones generales de la contratación que la entidad financiera iba a introducir en la minuta que dirigiría a la Notaría.

Por otro lado, tampoco puede estimarse que la **cláusula** cumpla con las exigencias de claridad, legibilidad y completitud. En la STS de 23.12.2015 se refiere el alto tribunal a la claridad gramatical aislada y conjunta de la **cláusula** contractual.

Decía la AP de Madrid en la Sentencia recurrida: "Se trata de una condición general que, aunque su redacción sea ciertamente clara, está enmarcada en el contexto de una pluralidad de epígrafes subsiguientes al de la estipulación de un interés variable, en el que se inserta esta mención, de modo que prevalece la apariencia de que el tipo sería nominalmente variable al alza y a la baja cuando, en realidad, exclusivamente lo sería hacia arriba, pues hay una limitación que merced a ese tope inferior lo convertiría en fijo, por debajo, a favor del banco (¿) Se encuentra además ubicada en el condicionado general entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención sobre la misma del consumidor."

Y el TS valora: "Podemos coincidir con el recurrente en que la **cláusula suelo** utilizada por el "Banco Popular" es más clara gramaticalmente en cuanto a su formulación que la utilizada por otras entidades, incluida la que en este caso compareció como codemandada. Pero como acertadamente advierte la Audiencia Provincial no se trata de enjuiciar aisladamente la conclusión final que establece el **suelo** en el 4,50%, sino que tal corolario ha de relacionarse con todos los demás epígrafes del propio contrato relativos al cálculo y determinación del interés variable aplicable.

Además, como también indica la resolución recurrida, queda envuelta entre un cúmulo de estipulaciones, menciones y datos, dificultando la comprensión efectiva de la realidad resultante, que no es otra que lo efectivamente contratado no era un contrato de préstamo a interés variable, sino un contrato a interés fijo (el 4,50%) únicamente variable al alza. Es decir, enmascarando que el consumidor no podría beneficiarse de las fluctuaciones a la baja del mercado de tipos de interés por debajo de dicho porcentaje, sino únicamente verse afectado por las oscilaciones al alza".

Ciertamente no debe considerarse de forma aislada la frase : " *El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al QUINCE por ciento ni inferior al CUATRO por ciento nominal anual*"; sino que debe considerarse si resulta una redacción clara y comprensible para el ciudadano medio (y que no deja de serlo por actuar en nombre y representación de una mercantil) el conjunto de disposiciones que determinan a lo largo de la estipulación tercera y tercera bis de la escritura el precio del préstamo. Se trata de una condición que se desliza entre una cantidad importante de datos: interés fijo, periodo, fórmula de cálculo, qué ocurre si fecha de abono es anterior a la de apertura, tasa anual equivalente, variabilidad del tipo de interés, a partir de qué fecha, periodicidad de la revisión, factores (tipo de referencia y diferencial), definición del tipo de referencia, que ocurre si la parte prestaría comunicado el nuevo tipo de interés consecuencia de la variación decidiera no continuar con el préstamo, condiciones de cancelación de la deuda en tal caso y qué ocurre si en este supuesto no efectúa el pago, tipo de interés de referencia sustitutivo y cuando y en qué condiciones



se aplicaría, diferencial a aplicar una vez finalizada la promoción o si los adquirentes de los elementos que resulten de la división horizontal se subrogan en la hipoteca y finalmente límites a la variación del tipo de interés.

Por otro lado la lectura notarial no puede suplir el deber de información del empresario predisponente y que deriva de la propia Ley de condiciones generales de la contratación; norma que dirige sus disposiciones de transparencia al empresario predisponente y no al notario que autoriza la escritura.

Sobre la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura, establece el TS en la sentencia de 08.09.2014 :

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

En la S. de 25.03.2015, el TS añade que "(d)ebe tomarse en consideración que el art. 84 TRLCU solo prevé que el notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de **cláusulas** declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Y que el art. art. 7. 3. 2. c) de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, al prever que el notario advertirá sobre los « [...] límites a la variación del tipo de interés », establece que «en particular cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes ». Y, como se declaró en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013 , la razón de considerar abusiva las condiciones generales que establecían la **cláusula suelo**, objeto de aquella sentencia, no era el desequilibrio entre el **suelo** y el techo, sino la falta de transparencia en el establecimiento del **suelo** por debajo del cual no bajaría el tipo de interés variable pactado.

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

En conclusión, limitándonos al control de inclusión, control que resulta aplicable en el ámbito de las condiciones generales de la contratación también entre empresarios, la **cláusula** resulta nula por falta de transparencia en el proceso de comercialización del préstamo.

#### **SEXTO** . - Consecuencias de la nulidad .

La STS de 09.05.2013 , declaraba en el punto décimo del Fallo 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".

Con ello, declaraba la mal llamada "irretroactividad" absoluta de la sentencia, lo que determinó que los Juzgados y Tribunales que hacían aplicación automática de dicha doctrina a los juicios en los que se ejercitaba una acción individual de nulidad de las **cláusulas suelo**, frente a la acción colectiva que se dilucidaba en el asunto resuelto por el TS, determinarían en sus sentencias estimatorias que la entidad financiera solo debía devolver las cantidades que se cobraran en aplicación de la **cláusula suelo** a partir de la declaración de nulidad. Frente a ello, otros Juzgados y Tribunales, estimando que los argumentos que se empleaban en la S. de 09.05.2014 no eran trasladables directamente a los pleitos en los que se ejercitaban acciones individuales de nulidad, declaraban la plena aplicación del art. 1303 CC , amparándose en la Jurisprudencia de TJUE y del propio TS en otros casos ajenos a las llamadas **cláusula suelo**; línea a la que, como bien saben las partes, se acogía este Juzgado y la A.P. de Álava.

Sin embargo, la reciente Sentencia del TS de 25.03.2015 obliga a cambiar el planteamiento, tanto de quienes aplicaban la irretroactividad absoluta, como de quienes aplicábamos sin limitación alguna el art. 9 LCGC en relación con el art. 1303 CC .

La referida sentencia, resuelve el recurso de casación planteado por el BBVA contra la Sentencia de 21.11.2013 de la A. P. de Álava, que a su vez desestimaba la apelación contra la Sentencia de este Juzgado de 02.07.2013 .



En la indicada sentencia, el TS, aunque reconoce, al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, que en el pleito resuelto por la previa Sentencia de 09.05.2013 la pretensión de restitución de cantidades no se articuló como acción acumulada a la colectiva de cesación que allí se ejercitaba, y en cambio aquí, en la acción individual de nulidad, dicha pretensión se introduce en el objeto del pleito ¿aunque habría que decir, no como pretensión acumulada, sino consustancial a la pretensión de nulidad-, y por ello, por entender que ello constituye un obstáculo procesal, desestima el recurso, al resolver el recurso de casación, y esto es lo fundamental, asume y reitera el criterio de la "irretroactividad" en el ejercicio de acciones individuales de nulidad, aunque ahora con carácter limitado.

Señala que aunque la regla general en el caso de ineficacia de los contratos, o de algunas de sus **cláusulas**, es destruir sus consecuencias o restituir las cosas al estado anterior como si la **cláusula** declarada nula nunca hubiera existido, lo que se traduce en las consecuencias que resultan del art. 1303 CC, sin embargo, entiende que no obstante la regla general, en aplicación del principio de seguridad jurídica, es posible limitar la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad. Citando la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE, Vertrieb, el TS aplica, en aras a la seguridad jurídica, dos criterios que permiten decidir dicha limitación: la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.

Refuta el argumento de que los "riesgos de trastornos graves" no se pueden predicar en un pleito en el que en ejercicio de una acción individual, las cantidades a restituir al consumidor, resulten irrisorias para la entidad financiera. Sostiene: " *La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto*". Y en relación a la "buena fe de los círculos interesados", reitera como datos indicativos de la buena fe de las entidades financieras los motivos expresados en el apartado 293 de la S de 09.05.2013..

Pero siendo todo ello así, y aclarados los motivos que le llevaron en la aludida S. de 09.05.2013 a declarar la irretroactividad, motivos que asume en esta última sentencia al resolver una acción individual de nulidad, mantiene que a partir de la fecha de publicación de la S. de 09.05.2013 los "círculos interesados" no pueden alegar buena fe, como ignorancia de que la información que se suministraba no cubría las exigencias de transparencia que, dice, fueron definidas en dicha sentencia, con lo que a partir de entonces, las entidades financieras pueden indagar y esclarecer si las **cláusulas suelo** insertas en los contratos de préstamo con interés variable por ellas concedidos cumplen con tales requisitos de transparencia. Si mantienen dichas **cláusulas**, no son eliminadas de forma voluntaria por la entidad y se llegan a declarar nulas por falta de transparencia, que no por otros motivos, en sentencias recaídas en procesos promovidos por los prestatarios, deben restituir las cantidades cobradas en aplicación de dichas **cláusulas** a partir de la publicación de la S. de 09.05.2013. De ahí la limitación o corrección de la "irretroactividad" absoluta declarada en la primera Sentencia.

Es indudable que con ello el TS ha querido zanjar la problemática de las soluciones dispares que se venían dando por los distintos Juzgados y Audiencias a raíz de la polémica S. de 09.05.2013, con clara y expresada voluntad unificadora. Así lo dice expresamente en el F. D. Octavo y termina fijando en el punto 4. del Fallo la siguiente doctrina: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio 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".

En consecuencia, procede revisar el criterio que venía manteniendo este Juzgado y declarar que siendo nula la **cláusula suelo** impugnada en este pleito, la entidad demandada debe restituir a la prestataria las cantidades cobradas en concepto de intereses ordinarios, en aplicación de la **cláusula suelo** del 4 % y por diferencia de lo que tendría que haber pagado de aplicarse estrictamente el interés variable previsto en cada una de las escrituras sin el tipo mínimo declarado nulo, a partir de la publicación de la sentencia del TS de 09.05.2013 hasta la efectiva supresión de la **cláusula**. A ello hay que añadir el interés legal del dinero desde las respectivas fechas de cobro hasta el pago, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC.

La consecuencia de la nulidad se limita a la restitución de los intereses cobrados conforme a lo explicado sin que queda una condena adicional al recálculo del cuadro de amortización, tal y como viene estimando la AP de Álava, entre otras muchas, en S. de 18.05.2015.

**SÉPTIMO** .- Estimada íntegramente la demanda, se condena en costas a la demandada ( Art. 394 LEC ).

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

**FALLO**

QUE ESTIMANDO la demanda interpuesta por EGULARRE GASTEIZ S.L. representada por la Procuradora Isabel Gómez Pérez de Mendiola contra CAJA LABORAL POPULAR S.C.C. representada por la Procuradora Ana Rosa Frade Fuentes,

**DECLARO:**

La nulidad de la condición general recogida en el último párrafo de la **cláusula** Tercera Bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 16.01.2009, en escritura pública autorizada por el Notario Alfredo Pérez Ávila bajo el número 125 de su protocolo y que dice:

*"El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al QUINCE por ciento ni inferior al CUATRO por ciento nominal anual";* manteniendo la vigencia de los contratos con el resto de sus **cláusulas**.

Y **CONDENO** a la demandada:

-A estar y pasar por la declaración anterior y a abstenerse de aplicar en el futuro la indicada **cláusula**, manteniendo su vigencia el contrato con el resto de **cláusulas**.

-A devolver al demandante la cantidad que se determine en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases: La demandada habrá de restituir a la prestataria las cantidades cobradas en concepto de intereses ordinarios, en aplicación de la **cláusula suelo** del 4 % y por diferencia de lo que tendría que haber pagado de aplicarse estrictamente el interés variable previsto en la escritura sin el tipo mínimo declarado nulo, a partir de la publicación de la sentencia del TS de 09.05.2013 hasta la efectiva supresión de la **cláusula**.

-A abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro hasta el pago, conforme al art. 1108 CC , y sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC .

Se condena en costas a la demandada.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALAVA ( 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 necesaria 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 0844 1111 04 033115, 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 la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en VITORIA-GASTEIZ, a 27 de octubre de 2016.

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA  
NÚMERO SEIS  
DE JAÉN.-**

**JUICIO ORDINARIO 22/2016**

**SENTENCIA N° /2016**

En la ciudad de Jaén a cuatro de noviembre de dos mil dieciséis.

Vistos por Doña MARÍA TERESA CARRASCO MONTORO, Magistrada actuando en comisión de servicios en el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Jaén, los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el número 22/2016 entre las partes: como parte actora Don XXX como administrador solidario en nombre y representación de la mercantil YYY., representado por la procuradora Doña María Teresa Benítez Garrido y defendida por el letrado Don Álvaro Azcárraga Gonzalo en la demanda y Don Manuel Espinosa Ortiz en el acto del juicio y como parte demandada CAJA RURAL DE JAÉN representada por la procuradora Doña Victoria Marín Hortelano y defendida por el letrado Don Agustín Quílez Rico.

Sirven de base a la presente demanda los siguientes

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito turnado a este Juzgado la procuradora Doña María Teresa Benítez Garrido en representación de XXX como administrador solidario en nombre y representación de la mercantil YYY interpuso demanda de juicio ordinario contra CAJA RURAL DE JAÉN en la que, sobre la base de los hechos y fundamentos de derecho que a sus intereses convinieron, solicitó se dictase sentencia en la que:



. Se declarase la nulidad por ser abusiva y por adolecer de falta de transparencia, de la condición general de la contratación, de la cláusula financiera Tercera Bis punto 3 (establecida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria (documento número 2 de la demanda) suscrito por el demandante que establece una limitación del tipo de interés aplicable- cláusula suelo- cuyo contenido literal es el siguiente:

“No obstante la variación que aquí se pacta para el tipo de interés inicial, en ningún caso el tipo de interés aplicable al préstamo no podrá ser superior al DIECISÉIS POR CIENTO ni INFERIOR al CUATRO POR CIENTO”.

. Se condene a la demandada a eliminar la condición general de la contratación limitativa del tipo de interés aplicable del contrato de préstamo objeto del litigio.

. Accesoriamente a la nulidad, se condene a la entidad a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado a la parte actora en virtud de la condición declarada nula y sus intereses desde el 9 de mayo de 2013, sin perjuicio de ulterior recálculo conforme a la aplicación del artículo 1303 del C-Civil y conforme al informe de la Comisión Europea de fecha 24 de septiembre de 2015 que se aporta a la presente demanda como Documento número 4, realizado a petición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con motivo de las consultas formuladas por diversos tribunales españoles acerca de la posible ilegalidad de la limitación a la retroactividad impuesta por el Tribunal Supremo en su Sentencia N.º 139/2015 de 25 de marzo.

. Y condene a la entidad al pago de las costas causadas en este procedimiento.

Se basa en síntesis la demanda en los siguientes hechos: la parte actora suscribió con la entidad demandada el día 28 de diciembre de 1999 un préstamo hipotecario por un importe de 90.152 euros con un tipo de interés, durante los seis primeros meses del 4,750% y a partir de esa fecha el interés de referencia más 1,500 puntos porcentuales y un plazo de amortización máximo de 21 años y una revisión de periodicidad anual. El contrato se ofreció como un préstamo a interés variable, pero la demandada incluyó en la cláusula financiera tercera bis una limitación del interés a la baja del 4 por ciento. Sostiene la parte actora que no fue informada de la

cláusula suelo que define un elemento esencial del contrato desconociendo su carga económica, que está inserta en el contrato de forma incomprensible y enmascarada entre un abrumadora cantidad de datos que provocan en el consumidor la percepción de que la misma carece de eficacia y supone un elemento insignificante del contrato. Asimismo señala que no existe una limitación al alza equivalente ante la subida del tipo de referencia establecido, que el préstamo a tipo variable es en realidad un préstamo a un interés fijo mínimo y que su aplicación está originando un grave quebranto en las economías de los consumidores. Solicita pues su declaración de nulidad y apela al intento de resolver el asunto de forma amistosa con la demandada previamente a la interposición de la demanda.

**SEGUNDO.-** Previo requerimiento a la parte para que acreditase su representación en providencia de fecha 15 de enero de 2016, mediante decreto de fecha 12 de febrero de 2016 se admitió a trámite la demanda y se confirió traslado a la parte demandada para que compareciese y la contestase en el plazo de veinte días.

**TERCERO.-** Emplazada la demandada, la procuradora Doña Victoria Marín Hortelano en representación de CAJA RURAL DE JAÉN S.C.C. en fecha 17 de marzo de 2015 compareció y presentó escrito de contestación en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que a sus intereses convinieron, solicitó que se dictase sentencia en la que se desestimase la demanda con expresa imposición en costas a la parte actora.

La parte demandada en su escrito de contestación señala que la demandada es una sociedad mercantil cuyo objeto social es la de empresa de forja y carpintería metálica. El préstamo se concedió como una operación de financiación con la finalidad de comprar un solar al Ayuntamiento de Cabra del Santo Cristo para construir una nave industrial para las Instalaciones de la Actividad Social y compra de maquinaria e instalaciones, de ahí que la parte actora carezca de legitimación activa para interponer la demanda por no tener la condición de consumidora. Señala la demandada que omite la actora que la operación de préstamo fue subvencionada con Fondos FEDER por un importe de 8.361.552 pesetas. También alega la excepción de litispendencia señalando que la asociación ADICAE tiene interpuesto un procedimiento judicial de acción colectiva en todo el territorio nacional en el Juzgado Mercantil número 11 de Madrid, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 222.3 de la LECn la resolución que se dicte en dicho procedimiento afecta a todas las acciones individuales, incluida la presente.

Respecto de la acción ejercitada sostiene que la cláusula consta de forma indubitada, que el actor no goza de la condición de consumidor, que conocía perfectamente la citada cláusula y sus efectos y consecuencias, que el Notario hizo constar la existencia de la misma entre sus advertencias y que la cláusula supera el doble control de inclusión y transparencia. Insiste la demandada en que la cláusula no es abusiva porque fue negociada entre las partes, porque no es contraria a la buena fe ya que se suscribió siguiendo un iter negocial caracterizado por su transparencia y porque no causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones del prestamista y prestatario porque tras la perfección del contrato la obligación fundamental de la devolución del principal y la remuneración pactada la asume el prestatario y porque la misma sólo incide en el mayor o menor precio del contrato de préstamo. Finalmente señala que en el caso de declararse la nulidad de la misma no procedería decretar la retroactividad de los efectos económicos sino desde el 9 de mayo de 2013 de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo. Para terminar invoca la parte la doctrina de los actos propios considerando que la parte acude al auxilio judicial para solicitar la nulidad de determinadas cláusulas yendo contra sus propios actos y contra el principio general de buena fe.

**CUARTO.-** Mediante decreto de fecha 8 de abril de 2016 se tuvo por personada a la procuradora Doña María Victoria Marín Hortelano en nombre y representación de CAJA RURAL DE JAÉN y por contestada la demanda en tiempo y forma, señalando como fecha para la celebración de la audiencia previa el 9 de junio de 2016 a las 11,45 horas.

**QUINTO.-** Celebrada la audiencia previa en la fecha y hora señaladas, y no habiendo llegado las partes a acuerdo, cada una de ellas se afirmó y ratificó en sus respectivos escritos, retirando la parte demandada la excepción de litispendencia. Fijados los hechos controvertidos, se concedió la palabra a cada una de ellas por su orden que se afirmaron y ratificaron en los respectivos escritos de demanda y contestación, fijaron los hechos objeto de debate y solicitaron el recibimiento del procedimiento a prueba. Recibido el procedimiento a prueba, y propuestas las pruebas, se admitieron señalando para la celebración del juicio el día 5 de octubre de 2016. Celebrado el juicio en la fecha y hora señaladas, y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, previo traslado a las partes, quedaron los autos sobre la mesa de la proveyente para dictar sentencia.

**SEXTO.-** En el presente procedimiento se han observado todas las disposiciones legales en vigor.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Ejercita la parte actora en el presente procedimiento una acción para que se declare la nulidad de una condición general impuesta en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre la actora y la entidad CAJA RURAL DE JAÉN por considerar, como se ha expuesto en los antecedentes de esta resolución, que la cláusula que establece una limitación a la variación en el tipo de interés a la baja es nula por falta de información porque su representada no fue informada de la misma, la cláusula no fue negociada, se encuentra inserta en el contrato entre una abrumadora cantidad de datos entre lo que aparece enmascarada y establece un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores.

Frente a ello la parte demandada se opone fundamentalmente argumentando que la actora no goza de la condición de consumidor y que la cláusula no es abusiva porque supera el doble control de transparencia que establece el Tribunal Supremo precisando que fue negociada, que no es contraria a la buena fe y que no causa desequilibrio entre las partes en perjuicio de la actora.

Concretamente las partes firmaron la escritura de préstamo hipotecario el 28 de diciembre de 1999 en la que Caja Rural de Jaén como prestamista concedía a la mercantil actora un préstamo por importe de 15.000.000 de pesetas (90.151,82 euros), cantidades que se dispondrían tras cumplir una serie de condiciones y que sería objeto de disposición según el calendario establecido en la escritura en relación a la construcción de la nave en el solar. Del total importe la parte actora recibía una ayuda comunitaria de Fondos Estructurales de la Unión Europea por importe de 8.361.552 pesetas. El contrato tenía un plazo de duración de 21 años, con un primer año de carencia en el que solo se pagarían intereses, y a partir de entonces un período de amortización de veinte años pagadero mediante doscientas cuarenta cuotas mensuales. La hipoteca señala que el préstamo es variable, con un tipo de interés anual durante el primer año del del 4,75% y a partir de ahí, según reza la cláusula TERCERA BIS B.- un “TIPO DE INTERÉS VARIABLE” (página 18 de la escritura)

consistente en añadir un diferencial de 1,50 puntos al tipo de interés e referencia. Tras identificar éste, tres páginas más adelante, a finales de la página 20 y en la página 21, se establece un límite a la variabilidad del tipo de interés al alza y a la baja, del siguiente tenor: “No obstante la variación que aquí se pacta para el tipo de interés inicial, en ningún caso el tipo de interés aplicable al préstamo no podrá ser superior al DIECISÉIS POR CIENTO ni INFERIOR al CUATRO POR CIENTO”.

La mercantil XXX, según la referida escritura, era propietaria de un pedazo de tierra destinado a solar edificable en el Polígono Industrial “el Moralejo” en Cabra del Santo Cristo con una superficie de seiscientos metros cuadrados por compra al Ayuntamiento de Cabra del Santo Cristo en escritura de 2 noviembre de 1999, finca que procedía a hipotecar con objeto de construir en la misma una nave industrial.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo debe precisarse que las cláusulas suelo no son en si mismas nulas. Por el contrario son válidas, su licitud fue declarada por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 en la que se dice que *“256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio”*. Por lo tanto la cláusula suelo será válida si el consumidor la ha pactado libremente tras conocer el riesgo que asume, pudiendo haberse pactado, como es este el caso, un tipo inicial fijo y después un interés en parte variable (Euríbor más 1,250 puntos) pero en parte fijo pues tiene una limitación a la baja por debajo de la cual no puede bajar el tipo de interés, en este caso un límite mínimo del 4% lo que supone en la práctica un perjuicio si baja el Euríbor.

El apartado 1 del artículo 1 de la LCGC dispone 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".

Sostiene la STS de 9 de mayo de 2013 “139.- *Los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado de negociación conlleva -con el correlativo encarecimiento del producto o servicio que al final repercute en el precio que paga el consumidor o usuario-, unido al elevado volumen de operaciones que se realizan en el desarrollo de determinadas actividades negociales, fue determinante de que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, califica como "un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico".* Se refiere con ello a los supuestos, muy frecuentes en el sector bancario, de contratación en masa en los que no se aplican las reglas de contratación liberales y los contratantes no tienen la misma posición, estableciendo la ley algunas correcciones para poder cohonstar la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado con la defensa de los consumidores y usuarios.

Lo primero que hay que cuestionar en este caso a la vista de las manifestaciones que la parte demandada efectúa en el acto de la vista es si la actora goza de la condición de consumidora y por lo tanto le es aplicable la normativa que protege a los consumidores y usuarios y que invoca en su demanda. Sostiene la parte demandada que el préstamo se solicitó para la construcción de una nave industrial en el desarrollo propio de la actividad mercantil de la actora y que, por lo tanto no goza de la condición de de consumidora.

Es de aplicación lo dispuesto en el artículo 3 de la LGDCU según el cual son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. También son consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Por lo tanto el acento hay que ponerlo en el destino del importe recibido y en este caso se hipoteca una finca (solar edificable) propiedad de la sociedad, se hipoteca por la sociedad y el destino del importe recibido por la hipoteca

es la propia actividad de la mercantil, concretamente la construcción de una nave industrial. Por ello no ofrece ninguna duda que, en este caso no es de aplicación la normativa tuitiva que protege a los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) ni tampoco la jurisprudencia nacional o comunitaria que interpreta las disposiciones vigentes.

En consecuencia debe negarse la condición de consumidor a los prestatarios lo que influirá, como se señalará a continuación y de acuerdo con lo dispuesto en la STS de 3 de junio de 2016 (sentencia 376/2016), en que no sea de aplicación al contrato de préstamo hipotecario el control de transparencia.

**TERCERO.-** No obstante lo expuesto debe analizarse si nos encontramos en realidad ante una condición general de la contratación impuesta por la entidad bancaria a una pluralidad de contratos, o, por el contrario, como sostiene la parte demandada, de un préstamo hipotecario con condiciones negociadas que excluyen el control de abusividad de la misma. Pese a ello debe precisarse que incluso el requisito de la generalidad (o el establecimiento de dicha cláusula en una pluralidad de contratos) ha sido considerado como innecesario por la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque el artículo 82.1 y 2 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, exige tan sólo que no haya sido negociada individualmente aunque se encuentre en un contrato de adhesión que no tenga un uso generalizado. Y no es óbice a la consideración de condición general de la contratación que el adherente sea un profesional.

En cualquier caso incumbe la carga de la prueba de que la citada cláusula ha sido negociada al profesional que así lo afirme, tal y como prevé el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 traspuesta a la legislación nacional y reconoce la propia sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013. En tal sentido se pronuncia la STS de fecha 29 de abril de 2015 (ponente Sr. Sarazá Jimena), en la que se indica: “ *Por tanto, para que se acepte que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas por el predisponente, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 ) ni con afirmar sin más en el litigio que la*

*cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento, y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas, como ha hecho en este caso la Audiencia Provincial” .*

Ninguna prueba se ha practicado al respecto a instancias de CAJA RURAL DE JAÉN (documental o testifical) que evidencie que la hipoteca fue negociada, que sus condiciones no fueron predisuestas por la entidad financiera, por lo que la misma debe ser considerada como una condición general de la contratación y el prestatario tiene la condición de adherente todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 y 2 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, condiciones que son aquellas cláusulas predisuestas 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.

**CUARTO.-** Tratándose de un adherente no consumidor, cabe el control jurisdiccional de la cláusula como señala tanto la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 como la reciente de 6 de junio de 2016, pero lo que no cabe es el llamado control cualificado o control de transparencia que exige que para los consumidores que las cláusulas ofrezcan suficiente información para que el adherente pueda conocer la onerosidad que para él supone el contrato celebrado.

Establece esta última sentencia de 3 de junio de 2016: “3.- Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley



*de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.*

*Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.*

*4.- Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores”. Por lo tanto el prisma bajo el que debe analizarse la nulidad o no de la citada cláusula es la buena fe que proclaman tanto el artículo 1258 del Código civil como el artículo 57 del Código de Comercio.*

El primer parámetro de control se realiza por vía de su incorporación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.5 de la LCGC que señala que “la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez” y en el artículo 7 de la LCGC que preceptúa que “no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”. Éste es el llamado control de inclusión que exige la redacción clara y sencilla de las cláusulas en las que se facilite información, de tal modo que las mismas no deben ser ambiguas, ilegibles, oscuras o incomprensibles.

**QUINTO.-** En el caso concreto que nos ocupa, de la documental obrante en las actuaciones consta que en el clausulado del préstamo hipotecario se hace constar en la cláusula TERCERA relativa a los INTERESES ORDINARIOS que “El tipo de interés anual aplicable al préstamo será VARIABLE”, y se fija un primer período de un año a un interés fijo del 4,75% y después transcurrido ese periodo la cláusula TERCERA BIS se refiere al TIPO DE INTERES VARIABLE, señalando que transcurrido el primer año el interés será el resultante de “AÑADIR UN DIFERENCIAL FIJO DE UNO COMA CINCUENTA PUNTOS AL TIPO DE INTERÉS DE REFERENCIA y redondeada dicha suma al alza, al más cercano múltiplo de un MEDIO de punto”. Esta expresión figura en la página 18 y de nuevo en la página 19 se dice en negrita que al tipo de referencia **NO SE LE APLICARÁ AJUSTE O CONVERSIÓN ALGUNA**. Hasta este momento por la información que ofrece la escritura se está contratando un préstamo a interés variable, pero después al final de la página 20 y principios de la 21 se hace constar un límite a la variación del tipo de interés aplicable, expresión en negrita y con una redacción un tanto enrevesada se dice que “no obstante la variación que aquí se pacta para el tipo de interés inicial (que en realidad no se variación sino que hay un tipo fijo) en ningún caso el interés aplicable al préstamo no podrá ser superior al DIECISÉIS POR CIENTO NI INFERIOR AL cuatro por ciento”, para luego establecer también un “Umbral mínimo de fluctuación y redondeo al tipo de interés aplicable”.

En resumen, se dice que el tipo es variable, se pacta un tipo fijo inicial, después se fija un tipo variable consistente en añadir diferencial al referencial, se prevee el redondeo al alza medio punto de la suma del referencial y el diferencial, más tarde, se dice que al referencial no se le aplicará ajuste o conversión alguna, a continuación se establece un límite mínimo y máximo a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo (un techo y un suelo) y se vuelve a decir que el tipo de interés nominal que resulte de la aplicación del tipo o índice de referencia se redondeará al alza al más cercano múltiplo de un medio de punto.

Por cuanto antecede la cláusula no supera el control de inclusión porque no expresa con claridad que en realidad se contrata un interés a tipo fijo mínimo y variable al alza con un techo, que es en realidad la esencia del préstamo. La redacción del clausulado no es clara, ocupa casi cuatro páginas para de forma poco clara expresar cómo se calcula el tipo de interés, utiliza muchas fórmulas (una referencia constante al redondeo) para explicarlo y aún cuando destaca en negrita que el interés es variable no ofrece información suficientemente clara de que es un interés a tipo fijo mínimo y variable por encima de ese suelo.

Por lo tanto la cláusula no se ubica de forma que permita al consumidor comprender que, en realidad, está firmando un préstamo hipotecario con un tipo de interés mínimo fijo, no sólo inicial, sino aplicable durante toda la duración del mismo, de forma que la cláusula no informa correctamente de que la misma afecta a un elemento esencial del contrato, que es el precio.

Señalado cuanto antecede debe analizarse si la cláusula es contraria al principio de la buena fe que genera una legítima expectativa en el contrato entre las partes y que sirve para modelar el contenido del contrato tal y como dice la sentencia de 3 de junio de 2016 "Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el artículo 1.258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato)".

Partiendo de dicho principio no consta negociación alguna del contrato en el presente caso. La demandada no ha aportado prueba alguna de la que resulte que la cláusula como sostiene fue negociada o que se ofreció a la parte actora la posibilidad de contratar diferentes productos de la entidad (por ejemplo un tipo fijo) por que pudieran elegir. El empleado de la entidad no ha comparecido a declarar sobre este extremo y así no consta que se le explicaran las condiciones relativas a un elemento tan importante como es el precio con claridad, y que, en especial, se le explicara a la parte actora la existencia de la cláusula suelo y la trascendencia que la misma podía tener de facto en la vida del préstamo si se producía una bajada del Euríbor y más aún cuando aunque en el momento de suscribir el préstamo, en diciembre de 1999 se encontraba en el 3,074 pero durante los años siguientes sube y baja, haciendo en algunos momentos que la cláusula suelo impida que el tipo de interés baje para encontrarse en la actualidad en niveles muy bajos. Concretamente el Euríbor sube en el 2000, desciende ligeramente en el 2001, sube en el 2002, desciende en el 2003, se

mantiene en niveles de en torno al 2% en 2004 y 2005 para subir en el 2006, hasta llegar al 3,33% y ascender con fuerza durante el 2007 y 2008 (llega al 5,384% en septiembre de 2008. A partir de entonces comienza a descender, de tal modo que finaliza el año 2008 en 3,452 y en el año 2009 desciende de forma acusada pasando del 2,622 a 1,242, para subir un poco a finales del 2010 y principios del 2011 y mantenerse en tipos mínimos en los años siguientes.

Los argumentos expuestos permiten declarar la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente ( sentencias 849/1996, de 22 de octubre; y 1141/2006, de 15 de noviembre). Por lo tanto impera el principio de la buena fe frente a las cláusulas abusivas, sea o no consumidor el adherente. En este caso la cláusula origina un desequilibrio notable entre los derechos y obligaciones de las partes fijados en el contrato (sobre todo si se observa una fijación de un techo del 16%, muy alejada del suelo del 4%), y afecta al objeto principal del contrato, al precio, frustrando las legítimas expectativas de los prestatarios que lo firman con la convicción que un préstamo a interés variable cuando es un préstamo a un interés fijo mínimo, extremo que hubiera sido determinante de la contratación por la parte actora.

Por lo expuesto y no cumpliendo la citada cláusula ni el control de inclusión ni tampoco las exigencias de la buena fe en los términos expuestos, procede declarar su nulidad.

**SEXTO.-** Procede analizar a continuación la cuestión relativa a los efectos de la nulidad conforme al artículo 1303 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”, lo que exige determinar el momento en que se deben producir los efectos de dicha nulidad.

Sobre esta cuestión la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 2015 trata de los efectos de la declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación y la posibilidad de limitarlos por parte de los Tribunales, en relación con la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013, como señala el texto de la propia sentencia. En la misma se parte de la clásica regla "quod nullum est nullum effectum producit" (lo que es nulo no produce ningún efecto), lo que supone que declarada la ineficacia de un contrato o

de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste ello exige “destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de las mismas se deriven efectos”. También señala que es intrascendente para tal efecto que se trate de una acción de cesación individual o colectiva pues “el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato”. Sin embargo en la misma sentencia se admite la posibilidad de limitar esa retroactividad afirmando que “sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, destacando de entre ellos el de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)” , todo ello con cita de normas y resoluciones que así lo ponen de manifiesto, y con especial mención de la afectación del orden público económico, que “no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto”.

Partiendo de lo expuesto y tras exponer que la nulidad de las cláusulas suelo, como ya se ha expuesto, deriva no de su ilicitud, pues son lícitas, responden a razones objetivas como el coste del dinero y se han utilizado desde hace mucho tiempo por las entidades bancarias, sino de su falta de transparencia, sostiene, en concordancia con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que “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”.

Por lo tanto, según lo expuesto, la cuantía que debe devolver la entidad bancaria por efecto de tal nulidad es la que se determine en ejecución de sentencia de conformidad con lo pactado en la escritura de préstamo, debiendo estimarse la demanda parcialmente de conformidad con lo dispuesto en la STS de 9 de mayo de 2013 y hasta tanto no se pronuncie el TJUE, dejando para ejecución de sentencia la concreción exacta de la cuantía con la realización de meras operaciones aritméticas teniendo en cuenta los datos del presente procedimiento relativos al importe del préstamo, cuotas, tipo de interés inicial fijo, período de revisión, referencial y diferencial pactado, así como la forma de amortización realizada.

A la cantidad objeto de condena habrá que adicionar las cuotas que se hayan devengado o se devenguen con posterioridad hasta que se deje de aplicar dicha cláusula, así como el pago de los intereses legales correspondientes desde la fecha de cada cobro.

**SÉPTIMO.-** En materia de costas, conforme al artículo 394 de la LECn no procede imponer las costas a ninguna de las partes por existir dudas de derecho. Por un lado la demanda se estima en esencia pero no en su totalidad y por argumentos distintos a los expuestos por la parte actora y por otro, como alega la parte demandada parte de la jurisprudencia menor no comparte la tesis expuesta en esta sentencia.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **FALLO**

Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora Doña Maria Teresa Benítez Garrido en nombre y representación de Don XXX como administrador solidario en nombre y representación de la mercantil YYY frente a CAJA RURAL DE JAÉN representada por la procuradora Doña María Victoria Marín Hortelano:

. Debo declarar y declaro por lo expuesto la nulidad de la cláusula financiera Tercera Bis punto 3 (establecida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria (documento número 2 de la demanda) suscrito por el demandante que establece una limitación del tipo de interés aplicable- cláusula suelo- cuyo contenido literal es el siguiente:

“No obstante la variación que aquí se pacta para el tipo de interés inicial, en ningún caso el tipo de interés aplicable al préstamo no podrá ser superior al DIECISÉIS POR CIENTO ni INFERIOR al CUATRO POR CIENTO”.

Debo condenar y condeno a la parte demandada a eliminar la condición general de la contratación limitativa del tipo de interés aplicable del contrato de préstamo objeto del litigio.

Asimismo debo condenar y condeno a la demandada a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado a la parte actora en virtud de la condición declarada nula y sus intereses desde el 9 de mayo de 2013, a determinar en ejecución de sentencia conforme a lo expuesto en esta resolución desde la cuota del mes de mayo de 2013 hasta la fecha de la efectiva eliminación de la cláusula cuya nulidad se declara en esta sentencia, cantidades que se verán incrementadas con los correspondientes intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

Todo ello sin hacer expresa imposición en costas a ninguna de las partes.

Líbrese testimonio de esta resolución para su unión a los autos principales, llevándose el original al Libro de Sentencias de este Juzgado.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de apelación en el plazo de veinte días siguientes a su notificación, del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Jaén. Para su admisión deberán abonarse las tasas legalmente exigibles.

Así por esta sentencia, la pronuncia, manda y firma, Doña MARÍA TERESA CARRASCO MONTORO, magistrada actuando en comisión de servicios en el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Jaén.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia fue leída y publicada el mismo día de su fecha. Doy fe.



Roj: **SJM MU 4099/2016 - ECLI: ES:JMMU:2016:4099**

Id Cendoj: **30030470022016100202**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **17/10/2016**

Nº de Recurso: **72/2014**

Nº de Resolución: **223/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN JOSE HURTADO YELO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**JDO. DE LO MERCANTIL N. 2**

**MURCIA**

**SENTENCIA: 00223/2016**

-

AVD. DE LA JUSTICIA S/N, FASE 2, MÓDULO 2,2ª PLANTA, 30011 MURCIA

**Teléfono: 968277312**

Fax: 968277325

Equipo/usuario: EMS

Modelo: N04390

**N.I.G. : 30030 47 1 2014 0000109**

**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000072 /2014**

Procedimiento origen: /

**Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña. OLEO ALCANARA, S.L.

Procurador/a Sr/a. ANA GALIANO QUETGLAS

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procurador/a Sr/a. GEMMA MARIA PEREZ HAYA

Abogado/a Sr/a.

Juicio Ordinario 72/14

**SENTENCIA**

En Murcia a 17 de octubre de 2016.

Vistos por mí, Juan J. Hurtado Yelo, Magistrado-Juez en funciones de refuerzo del juzgado de Mercantil número DOS de los de esta ciudad y su partido, los autos de **JUICIO ORDINARIO** sobre nulidad **cláusula suelo** registrados con el número **72 /14** promovidos como actor por Oleo Alcanara s.l asistidos del procurador Sra. Galiano y del letrado Sr. Arnau contra Banco Popular Español como demandado asistida del letrado Sr. Capell y del procurador Sra. Pérez atendiendo los siguientes

**ANTECEDENTES DE HECHO**





I) **Primero.-** En este juzgado y con el número 72 del año 2014, se siguen autos de Ordinario a instancias del procurador Sra. Galiano en nombre Oleo Alcanara s.l contra Banco Popular Español en la que se solicitaba se declare la nulidad de la siguiente condición general de la contratación de la escritura de préstamo hipotecario con protocolo 2365 de fecha 13 de julio de 2007:

"límites a la variabilidad del tipo de interés.- Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o sustitutivo, no podrá ser inferior al 4.65% nominal anual".

Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del mencionado contrato de préstamo hipotecario.

Condene a Banco Popular Español a la devolución al prestatario de 15.484 € que han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de las referidas **cláusulas** con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

Condene al pago a favor del prestatario de todas aquellas cantidades que se vayan pagando por el prestatario en virtud de la aplicación de la referida **cláusula** con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

II) Con condena en costas.

**Segundo.-** Por Auto de fecha 10 de noviembre de 2014 se admitió a trámite la demanda y se emplazó a la parte demandada, contestando a la demanda la demandada en fecha 18 de diciembre de 2014 solicitando que se dicte sentencia por la que se desestime la sentencia con costas.

**Tercero.-** Con fecha 26 de noviembre de 2015 se celebró el acto de la audiencia previa en la que una vez constatada la inexistencia de acuerdo, se ratificaron las partes en sus pedimentos tras lo cual se recibió el pleito a prueba con el resultado que obra en autos.

Con fecha 6 de octubre de 2016 se celebró el acto del juicio, en el se practicó toda la prueba admitida, se formularon conclusiones quedando los autos para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero** .- En este procedimiento se ejercita una acción individual de nulidad de condición general de la contratación del art.8 LCGC y unida a ella una acción de reclamación de cantidad. En primer lugar habrá que abordar la existencia o no de la condición de consumidor en la actora, y en caso de no considerarlos como tal, si ha de aplicarse o no toda la normativa sobre abusividad prevista para los consumidores a la **cláusula** objeto de autos. Por último y de no ser consumidores o usuarios y no poder aplicar su normativa al análisis de la **cláusula** en cuestión, determinar si la misma vulnera alguna norma.

**Segundo** .- Comenzando por el primer punto, condición de consumidor de los actores. Es evidente que el actor no es una persona física sino una **persona jurídica**, que suscribe un préstamo hipotecario para la compra de una vivienda. Vivienda en la costa, que según el actor parece ser que se adquiere para algún familiar del legal representante de la mercantil actora. Lo que es evidente que el destino de la operación no tiene por objeto la actividad empresarial del actor, que es la agricultura, sino la compra de una vivienda en la costa, que no parece que vaya a ser destinada a objeto social ni nada semejante.

La LDGCU, define al consumidor como, art.3, "las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial". En este caso, y como ya se ha dicho no consta indicio alguno que indique que la operación está vinculada al objeto social de la mercantil. Sí que es verdad que la mercantil actora tiene participaciones en la mercantil vendedora Hacienda del hornillo s.l, como se aprecia en el doc. 1 de la contestación, pero ello no lleva a concluir que estemos ante una operación ligada a la actividad empresarial de la actora, por lo que hay que concluir que tiene la condición de consumidora en este caso, debiendo analizar la **cláusula** cuestionada a la luz de la legislación de consumidores.

**Tercero.-** Sobre la nulidad de estas **cláusulas**, derivada de acciones individuales de nulidad o colectivas de cesación, han existido resoluciones contradictorias en la última doctrina judicial que se plasman con claridad en SJM 2 Sevilla 30/09/2010 y en la SAP Sevilla 07/10/2011 , que estima el recurso de apelación frente a la primera sentencia indicada. En resumen, siguiendo lo indicado en la STS 09/05/2013 , la SJM 2 Sevilla estimó que las denominadas "**cláusulas suelo**" existentes en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados



por las demandadas con los consumidores, debían considerarse condiciones generales integradas en una pluralidad de contratos, elaboradas de forma unilateral y previa por el predisponente operador bancario y, atendido el desfase en relación con las "cláusulas techo", las declaró abusivas y condenó a las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación, debiendo abstenerse a utilizarlas en lo sucesivo. Por su parte la mencionada sentencia de la AP Sevilla rechazó que las cláusulas suelo y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas porque entendió que: a) las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación, por ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; b) no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; c) no tener carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.

La doctrina judicial seguida en la citada sentencia del JM 2 Sevilla se manifiesta igualmente en otras resoluciones como la SJM 1 León 11/03/2011 o la SJM Cáceres 18/10/2011. Por su parte, la doctrina seguida por la citada sentencia AP Sevilla se ha manifestado en otras resoluciones como la SAP Madrid 13/07/2012 .

### TERCERO

La sentencia del Tribunal Supremo 09/05/2013 , seguida por la 222/15 de 29 de abril, que estima el recurso de casación frente a la SAP Sevilla 07/10/2011 , resuelve la cuestión planteada en términos no coincidentes con ninguna de las resoluciones anteriores, para considerar finalmente la validez y la posibilidad de control judicial del carácter abusivo de las cláusulas suelo, incorporadas a contratos bancarios de préstamo a consumidores con garantía hipotecaria y a interés variable celebrados con consumidores y usuarios. Y ello en las concretas condiciones previstas en la citada sentencia que pasamos a analizar.

La STS parte de la inicial premisa de que no se cuestione por la partes de aquel procedimiento que las cláusulas allí analizadas son cláusulas predispuestas destinadas a ser incluidas en una pluralidad de contratos. Ello es lo que se deduce de las manifestaciones del actor en su demanda, pues lejos de acudir a criterios o motivos relacionados con vicios del consentimiento, se refiere a la estampación genérica en el contrato de una cláusula suelo que no ha sido objeto de negociación. Por lo tanto, se infiere de la demanda que estamos ante una cláusula tipo y no una cláusula pactada ad hoc. De la prueba aportada por el demandado, testimonio de dos empleados del banco, se quiere probar que la cláusula fue pactada en concreto para este supuesto, pero dicha prueba se basa en el testimonio parcial de los mismos, empleados del banco, no existiendo documento alguno firmado por el actor, ni prueba objetiva al respecto. Y ello aunque el notario dice que lee la escritura a los comparecientes, no significa que el actor haya tenido la posibilidad de influir en el contenido de la misma.

Estamos ante una condición general como era frecuente en dicha época que utilizaran los bancos en este tipo de operaciones.

Por lo tanto estamos ante una cláusula genérica de un contrato de préstamo hipotecario, pactada para operaciones de este tipo, y que tiene por lo tanto los caracteres de una condición general de los contratos.

Es por ello que la situación concurrente en el presente proceso debe considerarse análoga en este punto a la descrita en la STS que venimos analizando. Y, por tanto, debe concluirse que estamos analizando condiciones generales de la contratación en los términos descritos en el art. 1 LCGC 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*".

Seguidamente, la STS considera que no es obstáculo a esta consideración de condiciones generales de la contratación de las indicadas cláusulas suelo el que la condición se refiera a un elemento principal del contrato, como es el precio, circunstancia ésta que se concluye de la lectura de la demanda. Sobre este particular la STS indica en su apartado 142 "En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces los legítimos intereses económicos de los mismos"

Igualmente, considera la STS que no impide el análisis de las cláusulas que analizamos su conocimiento por el consumidor, ni el cumplimiento de los deberes de información exigidos por la normativa sectorial, cuando



afirma que "a) El conocimiento de una **cláusula** -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes. b) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial."

#### **CUARTO:**

Seguidamente, la STS realiza una serie de valoraciones sobre imposición de las **cláusula** y negociación de la misma en orden a razonar la posibilidad de analizar la abusividad de las mismas, plenamente aplicables al supuesto que estamos analizando, y en los siguientes términos; "a) La prestación del consentimiento a una **cláusula** predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha **cláusula** o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de **cláusula** no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una **cláusula** prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario."

En este caso no existe prueba alguna por la demandada en la que se muestre si el actor pudo o no modificar las **cláusulas** en cuestión, entendiéndose que la misma es estándar y se refiere a varios contratos, no existiendo otra opción que la asunción o no de la misma. No hay como se ha dicho una prueba concreta que el actor pudo negociar dicha **cláusula**, por mucho que los testigos intenten alegar que se negoció la **cláusula** en cuestión, no existe más prueba que su testimonio.

En relación al hecho de que el contrato se enmarque en sectores específicamente regulados por el ordenamiento jurídico, tal y como ocurre en el presente caso, la STS considera que ello no impide el control de su carácter abusivo en los siguientes términos " Debe ratificarse lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que "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, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis".

#### **QUINTO:**

Despejados los obstáculos anteriores, que impedirían analizar la abusividad de la **cláusula**, y aun reconociendo que la **cláusula suelo** se refiere a un elemento principal del contrato y cumple una función definitoria y descriptiva esencial, al referirse al precio del mismo, la STS concluye que ello no elimina la posibilidad de controlar judicialmente si su contenido es abusivo, debiendo someterse al doble control de transparencia que seguidamente describe.

En ese control la STS parte de la base del cumplimiento de la normativa estatal sobre concesión de préstamos hipotecarios contenida en OM de 5 de mayo de 1994 que "comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja." y considera que dicha normativa "garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las **cláusulas** de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor." Por lo que llega a la conclusión de que "Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC."

Pero superado es primer filtro, considera la STS que ello no impide eludir el control de abusividad de una **cláusula** en contratos con consumidores en los que la transparencia de las **cláusulas** no negociadas incluye el control de la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, de conformidad con el 80.1 TRLCU cuando dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen **cláusulas** no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y



contenido". Y en relación a ello considera que las concretas **cláusulas** que se analizaban en aquella sentencia no superan este segundo control de transparencia por las siguientes razones;

- 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) Se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

En relación a este punto indica la STS que estas **cláusulas** "No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante."

Ello no quiere decir que todas las **cláusulas suelo** sean ilícitas. Y así la STS viene a establecer la licitud de las **cláusulas suelo** cuando concurren las siguientes circunstancias;

"-Las **cláusulas suelo** son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la **cláusula** como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el **suelo** estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

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

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

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

#### **SEXTO:**

Vista la regulación contenida en la reciente STS, procede aplicar dicha doctrina al caso concreto que se enjuicia en el presente procedimiento. Y del análisis de la escritura de préstamo hipotecario de 13 julio de 2007 por el que se otorgó un préstamo con garantía hipotecaria y novación a los actores, se desprende que la **cláusula suelo** allí referida -**cláusula** quinta- no supera el control de transparencia establecido en la comentada STS y, por lo tanto, procede la declaración de su nulidad.

Y lo anterior se afirma ya que la **cláusula suelo** impugnada no se cumplen el resto de requisitos previstos por la comentada STS para considerar que la **cláusula** es transparente, y, por tanto, lícita, así:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato no aparece con la debida claridad la explicación de la misma.
- b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.



c) 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.

En efecto, no hay ninguna prueba de la parte demandada que acredite que ha habido una información completa a los actores sobre el producto que se estaba adquiriendo. Se aportan documentos, sobre las características del producto vendido, pero sin firma alguna del actor, la declaración de los empleados es parcial, y las manifestaciones del notario se hacen en una fase ya donde el contrato y su fase de negociación ha terminado. En base a lo anterior, y siendo que la **cláusula** impugnada en el presente procedimiento, no supera los requisitos de transparencia precisos para la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, debe estimarse la demanda en este punto, declarando, de conformidad con los artículos 80.1 , 82 y 83 del RDL 1/2007 , LGDCU, la nulidad y eliminación de las **cláusulas** tal y como se solicita, resultando los contratos válidos y obligatorios para ambas partes pero sin la **cláusula** impugnada.

#### **SEPTIMO:**

Además de la acción de nulidad, la parte actora solicita que se condene a la entidad a que devuelva las cantidades abonadas de más como consecuencia de dicha **cláusula**, se entiende desde que la misma está en vigor, incluido el periodo de tramitación del procedimiento.

La STS 09/05/2013 se pronuncia igualmente sobre esta cuestión, procediendo en el presente caso, por ser doctrina judicial establecida por el Tribunal Supremo y a fin de evitar recursos innecesarios y costosos para las partes que podrían dilatar la inmediata aplicación de la eliminación de la **cláusula** abusiva, resolver en los mismos términos que la indicada sentencia.

La mencionada STS parte del siguiente razonamiento que pudiera justificar la eficacia retroactiva "Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus **cláusulas**, si el contrato subsiste-, 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 quod nullum est nullum effectum productit (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil , a cuyo tenor "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". Si bien seguidamente descarta dicha eficacia retroactiva con, entre otros, los siguientes argumentos "No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica ( artículo 9.3 CE )-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que "las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

Finalmente, la STS deniega la eficacia retroactiva y la posibilidad de obtener la devolución de las cantidades percibidas por la entidad bancaria en atención a la **cláusula** que se declara nula señalando " Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las **cláusulas** no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia."

Pues bien esta doctrina ha sido aplicada al caso concreto por sentencias como la de la AP de Murcia Sección 4ª, núm. 289/14 y en ella se establece que para que se de dicha irretroactividad debe probarse la existencia de riesgos de trastornos graves, "El examen de la transcrita sentencia pone de relieve que la irretroactividad de los efectos anulatorios de una sentencia, basada en el principio de la seguridad jurídica, tiene carácter excepcional, y sólo pueden ser acordados y si concurren dos criterios fundamentales: la buena fe de los interesados y el riesgo de trastornos graves.

En el caso objeto de esta apelación no hay ninguna referencia concreta a cuáles son esos perjuicios graves que la retroactividad de la nulidad en el caso enjuiciado puede ocasionar a la entidad financiera. Es más, ni por la cuantía del pleito (no se ha fijado el importe de las cantidades a devolver pero por los datos que constan sobre el capital y los intereses que pueden resultar nunca serían de cuantía significativa) ni por la entidad de la demandada (un banco) puede apreciarse que concurre el riesgo de graves perjuicios económicos, y no se ha practicado prueba alguna, ni se han descrito por quien trata de evitar el efecto normal de la declaración de nulidad, cuáles puedan ser dichos perjuicios". Esta doctrina ha sido corregida por la SAP de Murcia Sección 4ª, núm. 265/2015 de 21 mayo que dice, "la nueva sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2015 , con el voto particular de dos magistrados, ha establecido como doctrina ..."que



cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014 y la de 24 de marzo de 2015 , se declara 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 ". En consecuencia y constituyendo doctrina jurisprudencial el citado criterio jurídico-interpretativo, procede su acogimiento y aplicación por este Tribunal,". Por lo tanto se debe devolver la diferencia entre los intereses pagados por la aplicación de la **cláusula suelo** desde el día 9 de mayo de 2013 hasta la resolución definitiva del pleito por sentencia firme, y será la diferencia entre dichos intereses pagados y los que se deberían haber abonado de no existir la **cláusula suelo** conforme a las **cláusulas** de la escritura objeto de autos.

#### **Octavo.- Costas**

En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad en la medida ya que la cuestión resuelta planteaba serias dudas de derecho como se desprende de la doctrina judicial contradictoria existente con anterioridad a la interposición de la demanda en los términos indicados en los anteriores fundamentos. En cuanto a los intereses las cantidades condenadas, devengarán el interés del art.1108 C civil y 1100 C civil desde la fecha de la demanda hasta la fecha de la sentencia y los del art.576 Lec desde la fecha de la sentencia hasta su pago.

#### **FALLO**

Estimar la demanda interpuesta por el procurador Sra. Galiano en nombre de Oleo Alcanara s.l. se declara la nulidad de la siguiente condición general de la contratación de la escritura de préstamo hipotecario con protocolo 2365 de fecha 13 de julio de 2007:

"límites a la variabilidad del tipo de interés.- Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o sustitutivo, no podrá ser inferior al 4.65% nominal anual".

Se condena a Banco Popular Español s.a a eliminar dicha condición general de la contratación del mencionado contrato de préstamo hipotecario.

Se condena a Banco Popular Español a la devolución al prestatario de los intereses abonados de más entre el 9 de mayo de 2013 y la resolución definitiva del pleito por sentencia firme. Dicha cantidad se determinará en ejecución de sentencia, y consistirá en la diferencia entre lo abonado en concepto de intereses en las fechas indicadas y lo que debiera haberse abonado sin la **cláusula** abusiva. Dichas cantidades devengarán el interés del art.1108 C civil y 1100 C civil desde la fecha de la demanda hasta la fecha de la sentencia y los del art.576 Lec desde la fecha de la sentencia hasta su pago.

Cada parte abonará sus costas.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días.

Así por esta mi sentencia lo acuerdo mando y firmo.

PUBLICACION. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en Murcia.