

JUZGADO MERCANTIL

NUMERO 5

BARCELONA

Procedimiento N° 757-13

SENTENCIA N° 176/2014

En Barcelona a 9 de diciembre de dos mil catorce

Vistos por mí, Magistrado titular del Juzgado Mercantil n° 5 de esta Ciudad, los autos del juicio ordinario N° 757-13, seguidos a instancia de **Dña. Montserrat** representada por D. Raúl Rodríguez Nieto, contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. representada por el Procurador.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte demandante, representada por D. Raúl Rodríguez Nieto, Procurador, formuló demanda de juicio ordinario contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, alegó los fundamentos de derecho que estimó oportunos y terminó solicitando del Juzgado que se dictase sentencia por la que se declarase la nulidad de la llamada "cláusula suelo" y se condenase a la demandada a abonar a la demandante las cantidades que correspondan sin la aplicación de la citada cláusula, más los intereses legales de esta cantidad y al pago de las costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que en el plazo de veinte días contestara a la misma por escrito apercibiéndole de que, de no hacerlo así, se declararía su situación procesal de rebeldía; la demandada compareció para contestar a la demanda y oponerse a las pretensiones de la actora, solicitando la desestimación de la demanda y la condena en costas de esta última.

TERCERO.- Citados los litigantes al acto de la audiencia previa que tuvo lugar el día 10 de junio de 2014 en el mismo comparecieron la parte actora y la parte demandada y se celebró con el resultado que consta en el acta y en la reproducción audiovisual. Admitida únicamente la prueba documental y testifical se señaló día para vista.

CUARTO.- La práctica de las pruebas admitidas tuvo lugar en el juicio celebrado en fecha 9 de octubre de 2014 con el resultado que consta en el acta y en la reproducción audiovisual. Finalizado el periodo de prueba quedaron los autos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante Sra. Montserrat relata en la demanda, como hechos jurídicamente relevantes que fundamentan su pretensión, los siguientes:

1. En fecha 22/03/2007, la Sra. Montserrat suscribió con la entidad demandada escritura de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda (documentos nº1), por un capital de 325.000 euros, cuya cláusula tercera bis, apartado tercero (del citado documento nº 1) trata de los intereses, indicando:

"Las partes acuerda que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al TRES CON OCHENTA (3,80%) por ciento ni superior al doce enteros con cincuenta centésimas por ciento (12,50%) nominal anual" .

Sobre la base de estos hechos, resumidamente expuestos ejercita una acción por la que pretende que se declare la nulidad de la citada cláusula y se condene a la parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL al pago de todas aquellas

cantidades que se vayan pagando por el prestatario en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

La parte demandada alega, en síntesis, que la citada cláusula suelo no es una condición general de la contratación sino que forma parte del precio y es la rentabilidad mínima que el banco está dispuesto a obtener por prestar dinero al cliente; que no puede ser sometida al control jurisdiccional de abusividad de la LCGC; que es una cláusula reconocida legalmente y no hay desequilibrio de prestaciones entendidas éstas como derechos y obligaciones de las partes; que no pueden equipararse las cláusulas suelo y techo pues se refieren a indicadores distintos y que, de hecho, la actora solamente pide la eliminación de la cláusula suelo no así la del techo; que, finalmente ni el establecimiento de dicha cláusula fue resultado de una imposición, ni ha existido abuso por la entidad bancaria que no ha establecido unilateralmente la configuración del préstamo del actor.

SEGUNDO.- Hechos probados. El artículo 217 de n resultado acreditados, como no controvertidos, los hechos alegados por la parte actora expuestos en el fundamento anterior.

TERCERO.- Nulidad de la "cláusula suelo".

El RDL 1/2007, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, fija el concepto de consumidor en el artículo 3 al indicar que: *"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional"*.

En el supuesto de autos no cabe duda de que la demandante actúa fuera del ámbito propio de su actividad profesional.

En la actualidad existen una serie de disposiciones normativas, ya de ámbito estatal ya comunitario, que abordan el fenómeno capital de defensa de los consumidores y usuarios, introduciendo en el ámbito de la libertad de pactos consagrada en el artículo 1.255 del Código Civil una serie de reglas de carácter imperativo, de necesaria observancia por las partes, y cuya contravención acarrea la nulidad de los pactos que a las mismas se opongan, y que tienen por finalidad última la protección del equilibrio contractual que impone la buena fe, consagrándose así garantías de equidad contractual

que limitan el alcance del artículo 1.255 del Código Civil en aras de proteger a la parte débil del contrato.

Dentro de tales contratos concertados con consumidores y usuarios, inicialmente se dictó en el curso del año 1984 la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, ahora Texto Refundido de 2007, que, dado el avance de los tiempos y disposiciones normativas comunitarias, pronto se quedó como un marco general de protección en la materia que hubo de completar a posteriori, dictándose así la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de Contratación, la que vino igualmente a desarrollar el mandato comunitario al respecto contenido en la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas (con la interpretación que hace Tribunal de Justicia en la sentencia de 3 de junio de 2010).

El art. 82 1. del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone en su apartado primero que *"Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"*. Partiendo de este precepto, el concepto de cláusula abusiva se puede centrar en aquella estipulación que no habiéndose negociado individualmente o consentido expresamente, causa, en contra de las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato (artículo 3.1 de la Directiva 93/13), a lo que se precisa añadir que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa (artículo 82.3 citado y artículo 4.1 de la Directiva), lo que implica un llamamiento a una interpretación judicial del contrato, al amparo del artículo 1.285 del Código Civil, guiada por los parámetros de la buena fe, atendiendo a las circunstancias concurrentes y en base a criterios sistemáticos, y sin olvidar la regla interpretativa "contra proferentem" que impide que una cláusula oscura se interprete a favor del predisponente. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas las contempladas en el catálogo sito en el

art. 82.4 y desarrollado en los artículos 85 a 90 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Asimismo se ha de tener en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de octubre de 1.999, citada en la sentencia de la AP de Madrid de 2.002, con cita a su vez de numerosas sentencias del TS, indicaba que a quien afirme que una cláusula se ha negociado individualmente le corresponde la asunción plena de la carga de la prueba, doctrina recogida en el apartado segundo del art. 82.2 que dispone, siguiendo la mencionada Directiva, que *El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.*

Y, sobre todo, en esta materia se ha de atender a la la STS de 9 de mayo de 2013, en sus fundamentos jurídicos 137 y 138, que se dan aquí por reproducidos.

Aplicando tales preceptos y requisitos al presente caso, no cabe duda de que la cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo aportado por la parte actora es una condición general de la contratación al ser una cláusula pre-redactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos, que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente sino impuesta por el banco, por lo que puede entrarse en el análisis de su abusividad.

Finalmente, en orden al cumplimiento de la normativa sectorial citada por la parte demandada, dispone el TS en su FJ 178, "*[l]a 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*

Una vez concluido que las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación, sostiene la parte demandada que no puede entrarse en el control de su abusividad porque se refieren al precio y por tanto, al objeto principal del contrato.

El TS, en sus FJ cláusulas suelo, efectivamente, forman parte del objeto principal del contrato pero no constituyen su elemento esencial, el cual estaría configurado por el préstamo a interés variable de ahí que sí pueda entrarse en el control de abusividad.

El TS distingue en los FJ 198 y siguientes, dos niveles en el control de transparencia: un primero, relativo a cómo se incorpora esa cláusula al contrato y si la misma, en sí misma considerada, es o no clara, control de oficio que tiene su encaje legal en el artículo 5.5 LCGC a cuyo tenor -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*" -, y Art. 7 LCGC -"*[n]o 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 [...]*"-.*

De la lectura del contrato de préstamo hipotecario objeto de litigio la citada cláusula, leída de forma aislada, es clara y por tanto, cumplen los requisitos del artículo 80.1 TRLCU a cuyo tenor "[e]n 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".

Ahora bien, en palabras del TS (FJ 215):

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

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

Incluso admitiendo que dicha cláusula se incorporó correctamente, hay que analizar qué grado de conocimiento tenía el consumidor acerca de la misma y de las repercusiones económicas y jurídicas que le comportaba. Y nuevamente, cabe decir que la cláusula, aunque puede ser clara en su redacción y de forma aislada, se vuelve oscura al estar "enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultan su identificación y las consecuencias que conlleva de tal modo que le impide al consumidor conocer el alcance del objeto principal del contrato" impidiendo al consumidor conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente le suponía para él la incorporación de dicha cláusula y la onerosidad o sacrificio patrimonial que le iba a conllevar a cambio de la prestación económica que pretendía obtener, así como la "carga jurídica" del mismo, es decir, "la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". (FJ 210). De tal manera que la cláusula suelo convierte de forma sorpresiva para el consumidor un préstamo a interés variable en otro fijo sin poder beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia (FJ 217).

De hecho, al estar enmascaradas con otros datos, hace que el consumidor no centre su atención en la cláusula suelo sino en el diferencial, que es lo que normalmente le sirve para decantarse por una oferta u otra (FJ 218).

Es más, la cláusula suelo inclusive puede ser considerada un derivado financiero enmascarado pues si el tipo de referencia se sitúa por debajo del suelo, el cliente abonará la diferencia, por lo que es esencial que conozca de su existencia, de su incorporación y de las posibles consecuencias a fin de valorar si es proporcional al riesgo que él asume o no.

Concluye el TS en su FJ 225:

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

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

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

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA (y lo mismo cabe decir de las incorporadas por BANCO MARE NOSTRUM,) se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

En este caso, concurren tales requisitos en que reside la falta de transparencia pues ha quedado acreditado la falta de información suficiente en el sentido recogido en la sentencia del Tribunal Supremo, la ausencia de simulaciones de escenarios, ausencia de información comparativa y en cambio, consta acreditada su inclusión junto con otras cláusulas que contienen otros datos que diluyen la atención del consumidor, todo ello teniendo presente que es el cliente quien sufre la pérdida del derecho a beneficiarse de las bajadas del tipo de interés.

Se está exigiendo en dicha resolución del TS, acertadamente, un plus de información, algo más que haber informado a los clientes de la mera existencia de la cláusula suelo, dentro, como un más, de las condiciones del

contrato. Se exige algo más que la indicación de la mera presencia de la cláusula a través de la oferta vinculante, a través del clausulado del contrato o de su lectura en la firma de la escritura pública por parte del Notario. Se exige una información suficiente, en términos de "sobreinformación", acerca de la naturaleza, del sentido, de la finalidad de la cláusula y en particular de los efectos que podía producir y los riesgos (y beneficios para ambas partes) que con ella se estaba asumiendo, con indicación y simulación de escenarios, de los efectos que podía producir, todo ello con un claro aislamiento de la cláusula en relación con el resto de condiciones del contrato, tal y como indica el TS.

Por ello, en este caso, la presencia de los documentos entregados a la parte demandante antes de la formalización del contrato, como pudiera ser, en particular, la preceptiva oferta vinculante, no permite, sin más, concluir que se ha cumplido con el deber de transparencia en el sentido exigido por el TS. Tampoco si se parte, como hecho notorio, que se produjo a la lectura de la escritura pública por el Notario.

Finalmente, las posibles conversaciones que en orden a la formalización del contrato pudieran haber tenido los empleados de la entidad bancaria demandada con la parte demandante no pueden ser, en la mayoría de los casos, determinantes en modo alguno del resultado de esta sentencia por cuanto, por un lado, se trata de alegaciones de parte y del interrogatorio testifical de personas vinculadas por una relación laboral con la parte demandada y, por otro lado, de hechos acaecidos hace más de cinco años, todo lo cual, unido al hecho en sí que se pretende acreditar, rebaja la fuerza probatoria de los citados interrogatorios hasta la práctica inutilidad.

CUARTO.- Devolución de cantidades

La única cuestión controvertida pendiente atañe a la posibilidad de que, declarada la nulidad de la cláusula "suelo", resulte de aplicación el efecto contenido en el artículo 1.303 CC, que prevé la restitución de prestaciones *inter partes*, lo que supondría la obligación a cargo de la entidad financiera de devolver las cantidades indebidamente percibidas con base en dicha cláusula, acción que no fue ejercitada expresamente en el proceso en el que recayó la sentencia del Alto Tribunal, pese a que éste entró a valorar la viabilidad de dicha pretensión.

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

Como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, nos hallamos ante "una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "*condictio in debiti*". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, con cita de otra anterior de 12 de marzo de 2012, dispone que dicha retroactividad no hay que aplicarla de forma automática sino que permite su moderación si concurren una serie de circunstancias como puede ser el principio de seguridad jurídica y si está en juego el interés económico general.

Razona el Tribunal Supremo:

"a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas

Por tanto, y en estricta aplicación de los postulados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, asentada en su sentencia de 12 de marzo de 2012, y 9 de mayo de 2013, la cual resulta vinculante, salvo que concurran motivos especiales, procede concluir que subyacen todos los requisitos que cita el Tribunal Supremo en el FJ 293 de la citada sentencia para modular los efectos de la nulidad, particularmente la conclusión de que la cláusula "suelo" no es, *per se*, ilícita, sino que dicha ilicitud se infiere de las condiciones en las que la entidad de crédito suministra la información acerca de la misma al consumidor.

En modo alguno enerva lo anterior el hecho de que nos hallemos ante un pleito en el que se ejercita una acción individual en lugar de una acción colectiva, pues el pronunciamiento jurisprudencial resulta de aplicación a todos los casos, por la propia naturaleza de su argumentación. Por ello, aun cuando la acción ejercitada en el presente pleito sea de naturaleza

individual, la concesión de restitución de prestaciones *stricto sensu* podría causar el inicio de múltiples procedimientos en los que, en caso de declararse la nulidad de las cláusulas suelo con efectos retroactivos, podrían otorgarse indemnizaciones multimillonarias en su montante total, en cuyo contexto no cabría descartar una quiebra del sistema financiero español, lo que en los términos que sugiere el Tribunal Supremo debería tratar de evitarse.

Finalmente, poner de relieve que ninguna razón subyace para conceder en determinados supuestos la condena al pago de las cantidades indebidamente percibidas por la entidad financiera y en otros no, siendo así que, a salvo supuestos particulares que difieran de los planteamiento asentados por el Tribunal Supremo, la concurrencia de los presupuestos que enuncia la jurisprudencia aconseja adoptar soluciones judiciales idénticas, en aras a garantizar la seguridad jurídica y el principio de igualdad en los derechos de los consumidores.

Por todo ello, procede declarar la irretroactividad de la restitución de prestaciones, de tal forma que la nulidad de la cláusula suelo solamente operará con efectos *ex nunc* y no afectará a los pagos ya efectuados por el cliente hasta la fecha de exclusión de la cláusula, siendo desestimada la demanda en torno a dicho extremo.

QUINTO.- En cuanto a las costas, al ser parcial la estimación de la demanda, cada parte abonará las causadas a su instancia, y las comunes por mitad (art. 394.1 LEC).

En atención a lo anteriormente expuesto,

FALLO

Se estima parcialmente la demanda interpuesta por **Dña. Montserrat** contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL SA.

En su virtud:

1.- Se declara la nulidad de la denominada "cláusula suelo" o cláusula de tipo mínimo de referencia, contenida en el contrato indicado en el escrito de demanda.

2.- Se condena a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario.

3.- No ha lugar a la condena al pago de cantidad alguna con carácter retroactivo ni, por tanto, a la compensación solicitada.

4.- No ha lugar a imponer las costas procesales causadas, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia, y las comunes por mitad.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días ante este Juzgado, por escrito y con la firma de Letrado, para su resolución por