

N/ Ref.: 10644 Ref. Ltdo.:
Ltdo.: FERRAN TEVA MONT
Cliente: JUAN RAFAEL
NOTIFICADO: 19/11/14
Plazo: 20Día(s) Fine el: 17/12/2014

JUZGADO MERCANTIL Nº 9 DE BARCELONA
Gran Vía de les Corts Catalanes nº 111

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO Nº 253/14-D3

PARTE ACTORA: SUSANA Y JUAN RAFAEL
Procurador: RAÚL RODRÍGUEZ NIETO

PARTE DEMANDADA: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA
Procuradora:

SENTENCIA Nº 195/2014

Magistrada que la dicta: Titular del Juzgado Mercantil número 9 de Barcelona
Lugar: Barcelona
Fecha: 17 de noviembre de 2014

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 26 de marzo de 2014, Don RAÚL RODRÍGUEZ NIETO, Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de SUSANA Y JUAN RAFAEL, tal como consta debidamente acreditado en autos, presentó demanda de juicio ordinario de nulidad de la cláusula suelo por abusiva y devolución de cantidades contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, cuyo conocimiento correspondió a este Juzgado con arreglo a las normas de reparto.

SEGUNDO. Por decreto se admitió a trámite la anterior demanda de la que se dio oportuno traslado a la parte demandada quien se opuso a su estimación en tiempo y forma.

TERCERO. La audiencia previa se celebró el día 10 de noviembre de 2014, a las 10:00 horas, durante la cual, ambas partes, tras manifestar que no había posibilidad de alcanzar ningún acuerdo, se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba proponiendo que se tuvieran por reproducidos los documentos obrantes en autos. Por ello, sin más trámites, conforme al art. 429.8 LEC, se declaró concluso el acto y visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Alegaciones

Las presentes actuaciones tienen su origen en la demanda interpuesta por SUSANA y JUAN RAFAEL contra la entidad BANCOPOPULAR ESPAÑOL SA por la que solicita se dicte sentencia estimatoria de sus pretensiones y se declare la nulidad, por abusiva por falta de transparencia en su incorporación, de la cláusula relativa al límite a la variabilidad del tipo de interés que

establece un suelo del 3,5% y un techo del 11,75% aplicable a la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre la actora y la demandada en fecha 11 de mayo de 2005 y se condene a la demandada a la restitución de las cantidades indebidamente percibidas. A entender de la actora, con base y fundamento en la STS de 9 de mayo de 2013, dicha cláusula es una condición general de la contratación, al no haber sido negociada por las partes sino que fue impuesta por el banco y es abusiva por falta de transparencia en su incorporación, al no haber informado el banco a los clientes ni de su incorporación ni de los efectos de la misma. Por ello solicita su nulidad y, al amparo del art. 1303 CC, se condene a la entidad bancaria demandada a restituir las cantidades indebidamente percibidas en aplicación de la referida cláusula.

La parte demandada se opone a su estimación pues dicha cláusula si fue negociada individualmente con los actores, se les suministró información clara y precisa sobre su incorporación y efectos, de hecho, se les entregó una oferta vinculante, pudieron leer la escritura pública antes de su firma, se la leyó el señor Notario. Subsidiariamente, para el caso de estimarse la acción de nulidad, entiende improcedente la de devolución de cantidades por los fundamentos recogidos en la propia STS de 9 de mayo de 2013.

SEGUNDO. Antecedes jurisprudenciales

Antes de entrar en el análisis de la cuestión objeto de este litis, esto es, si la cláusula suelo es o no abusiva y, en caso afirmativo, las consecuencias que de ello se derivan, conviene recordar, si quiera brevemente, cuál era el escenario al que nos enfrentábamos los juzgados mercantiles y audiencias provinciales antes de la STS de 9 de mayo de 2013 y cómo queda el panorama jurídico tras la misma, pues sin lugar a dudas, dicha sentencia ha supuesto un hito importante no sólo por la trascendencia e importancia del contenido de su resolución sino también, por la flexibilidad que introduce en el proceso declarativo civil cuando una de las partes es un consumidor atemperando los efectos de los principios dispositivos y de a instancias de parte que marcan el proceso declarativo civil tal como lo habíamos entendido hasta ahora (FJ 126), de ahí el sentido de la providencia de 27 de mayo de 2013 y para no generar indefensión a las partes con pronunciamientos sorprendidos.

Antes del día 9 de mayo de 2013, los juzgados mercantiles habían venido resolviendo esta cuestión de manera muy heterogénea. Unas sentencias consideraban que se trataban de condiciones generales de la contratación al ser cláusulas impuestas y las declaraban nulas por falta de reciprocidad de prestaciones en función de los porcentajes en los que se hubieren fijado el suelo y el techo (SAP de Barcelona, sección 15ª, de 19 de marzo de 2013). Otras, sin embargo, si bien consideraban que eran condiciones generales, no apreciaban abusividad por el simple hecho de fijar un suelo en los préstamos hipotecarios. Otras negaban directamente que estuviéramos ante una condición general al formar parte del precio y por tanto, no se podía entrar en el análisis de la abusividad (SJM nº 4 de Barcelona, de 16 de abril de 2012, entre otras). Por último, y sin ánimo de ser exhaustivos, otras sentencias declaraban la nulidad de la cláusula si quedaba acreditado que hubo error o vicio del consentimiento al amparo del Art. 1261 y 1303 CC. Tal panorama generó evidentemente una gran inseguridad jurídica para los operadores jurídicos pues la solución final dependía del órgano judicial al que le tocara resolver.

A raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013, las cosas empiezan a cambiar. Así, en dicha sentencia, el TJUE, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el JM nº 3 de Barcelona en la que declara que la regulación española del proceso hipotecario no se ajusta a la normativa europea al no proteger suficientemente al consumidor y recuerda el deber del juez nacional de proteger al consumidor y entrar inclusive de oficio en el

análisis de aquellas cláusulas que considere abusivas aunque no se le hubieren invocado.

Poco tiempo después e inspirada en esa doctrina del TJUE, se dicta la STS de 9 de mayo de 2013, la cual concluye, a modo de resumen, que las cláusulas suelo sí que tienen la consideración de condición general de la contratación al ser una cláusula impuesta y no negociada individualmente con el consumidor y que aunque afecten al objeto principal del contrato, puede ser sometida al control de abusividad por parte del juez al no formar parte del elemento esencial del mismo. Asimismo, aunque determina que la cláusula suelo, per se, es lícita se puede declarar la abusividad de la misma por falta de transparencia, apreciable de oficio. En cuanto a esa transparencia, el TS distingue dos niveles: primero, habrá que ver si la cláusula es clara en sí misma y cómo se incorporó al contrato y un segundo nivel, relativo al grado de conocimiento que tenía el cliente respecto a la incorporación de dicha cláusula y si sabía de las consecuencias jurídicas y económicas que conllevaba su aceptación. Para ello, el TS fija en su FJ 225, cuál es el test de transparencia que deben superar tales cláusulas. Los fundamentos de dicha sentencia han sido refrendados por la STS de 8 de septiembre de 2014, en la que declara la nulidad por falta de transparencia en su incorporación, de la cláusula suelo de los préstamos hipotecarios suscrito con la entidad CAJA SEGOVIA.

A continuación, se irán analizando cada uno de los citados argumentos.

TERCERO. Condiciones generales de la contratación. Concepto.

Existen dos premisas fundamentales para poder entrar a valorar si una cláusula de un contrato es o no abusiva al amparo de la LCGC, la primera, que el contrato haya sido suscrito entre un profesional y un consumidor y la segunda, que estemos ante una condición general de la contratación.

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

En este caso, no es un hecho controvertido que los actores son personas físicas y que cuando firmaron el contrato de préstamo hipotecario con la demandada, tenían la consideración de consumidores al no actuar en el ámbito de ninguna actividad empresarial o profesional sino para un interés particular. Por tanto, se cumple el primer requisito.

En cuanto al segundo elemento, tampoco es controvertido que la cláusula suelo tiene el carácter de contractual y que su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores no tiene por qué ser obligatoria. Ahora bien, en la medida en que son cláusulas llamadas a incorporarse a una multitud de contratos y que son prerredactadas unilateralmente por la entidad bancaria, la convierte en una condición general. Es más, de la praxis judicial se puede concluir que los clientes no pueden negociar la incorporación de esa cláusula, ni siquiera el diferencial sino que forma parte de las condiciones impuestas por el banco para conceder la financiación, lo que ratifica la idea de que estamos ante una cláusula impuesta por el banco.

En consecuencia, estamos ante una “condición general de la contratación” del apartado 1 del artículo 1 LCGC a cuyo tenor: “[s]on 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”.

Como dice la STS de 9 de mayo de 2013, en sus fundamentos jurídicos 137 y 138, para que una cláusula tenga la consideración de condición general, debe reunir los siguientes requisitos:

“a) Contractualidad: se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes - aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

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

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

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

Tal jurisprudencia también es aplicada por la SAP de Barcelona, sección 15ª, de fecha 16 de diciembre de 2013 (Rollo nº 719/12) y 2 de mayo de 2014.

Cierto es que la OM de 12 de diciembre de 1989, 5 de mayo de 1994, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares y la propuesta de Directiva nº 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial, admite la legalidad y validez de cualquier modalidad de este tipo de cláusulas, pero ello no impide su consideración como condición general pues, tal como dice el TS, tales normas no exigen al banco su inclusión sino el procedimiento que deben seguir para que la incorporación de dicha cláusula sea válida. Además, aun aceptando que la cláusula fue incorporada siguiendo tales requisitos, podrá determinar que la cláusula supere el

primer nivel de transparencia pero no el segundo, esto es, qué información se le dio al cliente y si éste era conocedor de las repercusiones económicas y jurídicas de su aceptación.

Al respecto, dispone el TS en su FJ 178, “[!]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 la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis”.

En resumen, la cláusula suelo es una condición general de la contratación al ser una cláusula prerredactada, 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 a modo de “oferta irrevocable” por lo que puede entrarse en el análisis de su abusividad.

CUARTO. El control de las condiciones generales sobre el objeto principal del contrato

Una vez concluido que las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación, hasta la STS de 9 de mayo de 2013, se suscitaba la duda de si afectaba al precio y por tanto, no se podía entrar en el análisis de su abusividad. El TS resuelve tal cuestión en los FJ 184 a 190 de su sentencia de 9/5/2013, y llega a la conclusión, de que las 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.

A tenor de la citada sentencia, la cual reproduzco por la importancia de sus razonamientos jurídicos:

“El decimonoveno considerando de la Directiva 93/13 indica que “[...] a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor”.

185. De forma coherente con tal planteamiento, la expresada Directiva dispone en el artículo 4.2 que “[!]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

186. No define la norma qué debe entenderse por cláusulas “que describan el objeto principal” del contrato o referidas “a la definición del objeto principal”, ante lo que la doctrina se halla dividida:

a) Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas “principales” que son las que definen directamente el “objeto principal” y las cláusulas “accesorias” que no definirían el “objeto principal”. Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de

interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual.

b) Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al “precio” en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva.

c) Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el “objeto principal” debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del “objeto principal” del contrato incluso si se refieren al mismo.

187. Por su parte, el IC 2000 diferencia entre “[l]as cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva”.

188. En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las “cláusulas que describan el objeto principal del contrato” y a “la definición del objeto principal del contrato”, sin distinguir entre “elementos esenciales” y “no esenciales” del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom)-, sino a si son “descriptivas” o “definidoras” del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al “método de cálculo” o “modalidades de modificación del precio”.

189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial.

Dicho en otras palabras, según el TS, tales cláusulas, como se refieren al objeto principal del contrato, no son susceptibles de ser sometidas al control de abusividad por falta de reciprocidad de prestaciones al estar ante contratos con obligaciones recíprocas, pero al no formar parte del elemento esencial del mismo, sí pueden ser sometidas al control de transparencia, inclusive de oficio, tal como sostiene el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, con cita de sus sentencias anteriores 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, y STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, la cual permite que las legislaciones nacionales establezcan normas más estrictas siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. Este es el criterio aplicado también por el TS en su sentencia de 8/9/2014 y por la sección 15ª de la AP de Barcelona en sus sentencias de 16 de diciembre de 2013 y 2 de mayo de 2014, antes citadas.

QUINTO. Control de transparencia en cuanto a la incorporación de la cláusula suelo.

Como decía al inicio de esta sentencia, 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 [...]”-.

Superado ese primer nivel, pasamos al segundo en el que se determinará qué información se le dio al cliente tanto de forma previa como en el momento de la contratación para determinar si éste era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas de la inclusión de tal cláusula en el contrato.

Entrando ya en el análisis del primer nivel, la cláusula tercera bis, punto 4, folio 26, de la escritura pública de préstamo hipotecario de 11 de mayo de 2005, dice lo siguiente:

“LÍMITES DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS. Las partes acuerda que, en todo caso, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 3,5% nominal anual ni superior al 11,750% nominal anual.”

Tal cláusula, leída de forma aislada, y desde un punto de vista gramatical, como dice la STS de 8 de septiembre de 2014, es clara y por tanto, cumple 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” por lo que cumple el primer nivel de transparencia.

Ahora bien, lo que habrá que analizar a continuación es cómo se incorporó esa cláusula al contrato, esto es, si el cliente fue informado de su incorporación y de sus consecuencias jurídicas y económicas. En palabras del TS (FJ 215):

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una 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.

De la prueba documental obrante en autos, no queda acreditado que el cliente fuera informado previamente por el banco ni de su incorporación ni mucho menos, de sus efectos. Primero, en cuanto a la oferta vinculante, tal como sostiene la STS 8 de septiembre de 2014, se trata de una simple reproducción de las condiciones de la oferta, escrita en letra muy pequeña y donde la cláusula suelo resulta francamente difícil de localizar. Por tanto, dicha oferta no hace prueba de que el cliente fuera informado de

la existencia de dicha cláusula ni mucho menos de sus efectos jurídicos y económicos. Tampoco consta que se les hubieran efectuado simulaciones en caso de subidas y bajadas de los tipos de interés, ni que se les hubieran explicado otras fórmulas alternativas de financiación.

En suma, en el caso de autos, era fácil que cualquier consumidor medio no se hubiera percatado de la existencia de dicha cláusula, ni mucho menos, que fuera consciente de las consecuencias derivadas de su incorporación si no había sido advertido de ello previamente por el correspondiente gestor del banco lo que me lleva a apreciar la nulidad de la referida cláusula por falta de transparencia en su incorporación.

Por último, en cuanto a la figura del Notario indicar que el mismo se limita a leer el acta, no a explicar las condiciones pactadas ni mucho menos sus consecuencias y efectos, pues ello es labor del banco en la fase prenegocial.

En este sentido, dice el FJ 210 de la STS de 9/5/2014: 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 puede inclusive 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.

En definitiva, concluye el TS en sus FJ 223 y ss:

“223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que “estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas”-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

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”.

Por lo tanto, debe concluirse que la cláusula suelo examinada no cumple el segundo nivel de transparencia en los términos indicados debiendo ser declarada nula por abusiva por falta de transparencia en su incorporación. Dicha nulidad únicamente afecta a la citada cláusula, no así la del resto del contrato que sigue en vigor, pues si bien es cierto que se refiere al objeto principal del contrato, no es un “elemento esencial del mismo” y con ello no forma parte de su objeto y causa. De hecho, tampoco discuten las partes que la consecuencia jurídica sea la nulidad parcial de la cláusula no así la nulidad total del contrato. Su supresión será a costa de la entidad bancaria.

SEXTO. Devolución de cantidades

Declarada la nulidad de la cláusula suelo, debe fijarse a continuación qué efectos produce, esto es, si cabe la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria en virtud de la aplicación de dicha cláusula por el Art. 1303 CC o bien, aplicando la teoría del Tribunal Supremo expuesta en su sentencia de 9 de mayo de 2013, solamente exigir su no aplicación a partir de la fecha de la sentencia sin efectos retroactivos.

Ciertamente, 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 por razón de las obligaciones creadas, tal como dispone el Art. 1303 CC. La finalidad de esta regla no es otra “*que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra*” (STS de 23 junio 2008 y SAP Barcelona de 19 de abril de 2012). Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, “[...] *de 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*”.

Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que “[...] *la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)*”.

Este era el criterio que seguía la sección 15ª de la AP de Barcelona en sus sentencias de 13 de diciembre de 2013 (con voto particular del Magistrado Don JOSÉ MARÍA RIBELLES) y 2 de mayo de 2014.

Sin embargo, la sección 15, en su reciente sentencia de 12 de noviembre de 2014 (Rollo núm. 410/2014), tras un cambio en la composición subjetiva de la sala, ha cambiado de criterio ajustándose a la jurisprudencia que parece emanar de esa sentencia de 9 de mayo de 2013 la cual dispuso que ese efecto de la retroactividad no había que aplicarlo de forma automática sino que podía ser moderado por el juez si concurrían una serie de circunstancias como el principio de seguridad jurídica y si está en juego el interés económico general. Más en concreto, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9/5/2013, indicaba cuáles son los motivos para no aplicar con carácter retroactivo, los efectos de la nulidad de la cláusula suelo. En concreto:

“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

De esos 11 motivos, solo uno pudiera ser discutido en las acciones individuales, esto es, el riesgo para la economía general. Si bien, qué duda cabe, que de estimarse la retroacción en todas las acciones individuales en trámite, tal riesgo es más que palmario. De hecho, desde la STS de 9/5/2013, los procesos declarativos de nulidad de las condiciones generales se han incrementado en un 50% con respecto al año anterior por lo que ese efecto llamada, es innegable. Los jueces y tribunales no podemos desconocer los efectos de nuestras resoluciones judiciales y debemos aplicar criterios de moderación y prudencia cuando el caso así los justifica. Por todo ello, tal como he expuesto en diversas sentencias, es la de no devolver cantidades.

Reproduzco a continuación el FJ 10 de la SAP de 12/11/2014 (Rollo 410/14), párrafos 56 a 61, por la importancia del mismo:

“56. Este tribunal ya se pronunció en su Sentencia de 16 de diciembre de 2013 (Roj: SAP B 14242/2013) sobre la cuestión que plantea el recurso, en una decisión en la que no existió unanimidad entre los componentes de

57. Somos conscientes de la polémica que la referida Sentencia del Tribunal Supremo ha abierto, particularmente en este punto, al estimar que el pronunciamiento de nulidad no debe producir efectos retroactivos y la diversidad de criterios que a partir de entonces han seguido los tribunales. Esa ha sido la razón por la que el dictado de esta sentencia y de otras que penden ante este tribunal relativas a la misma cuestión se ha demorado en el tiempo más de lo deseable, particularmente, cuando se anunciaba próximo un nuevo pronunciamiento del Alto Tribunal relativo a esa cuestión en el ámbito de las acciones individuales. Finalmente no se ha producido tal pronunciamiento cuando era esperado y ello nos sitúa en la necesidad de afrontar de nuevo esa cuestión con los mismos parámetros que teníamos al dictar la resolución anterior.

58. Durante el tiempo transcurrido entre que dictamos aquella resolución también se ha modificado la composición del tribunal y, sobre todo, la respuesta que han venido dando los tribunales a esta cuestión ha conducido a una diversidad de criterios poco compatible con la seguridad jurídica. Esa es la razón esencial que nos lleva a modificar nuestro criterio inicial, ya que no creemos que exista ninguna razón que pueda justificar que la respuesta que se pueda dar a esta cuestión en el ámbito de las acciones individuales pueda ser distinta a la que el TS le ha dado en el ámbito de las acciones colectivas.

59. Que en nuestro fuero interno podamos discrepar del acierto de la respuesta que a esta cuestión ha dado el TS creemos que no es razón suficiente para justificar el mantenimiento de una postura que pueda incrementar la inseguridad jurídica. Por ello, y al menos mientras no se modifique el criterio jurisprudencial referido, si es que se llegara a producir esa modificación, estimamos que debemos adaptar nuestro criterio al que resulta de

60. En concreto, el criterio establecido en la referida STS es el de la irretroactividad de la sentencia, en el sentido de que la nulidad de la cláusula no afecta a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada "ni a los pagos ya efectuados en la fecha de la publicación" (apartado 294).

61. Entendemos que el criterio que se deriva de ello es que los efectos se deben entender referidos a la fecha de la resolución que declara la nulidad”.

Asimismo, la SJM nº 3 de Barcelona, de 9 de octubre de 2014, da un argumento adicional más, mediante una interpretación armónica de nuestro derecho nacional con el derecho comunitario a favor de la no devolución, cuyos argumentos comparto íntegramente y que doy por reproducidos a fin de evitar reiteraciones innecesarias:

- 1. Plantean la actora que, como consecuencia de la acción de nulidad, la entidad financiera sea condenada a devolver a los actores las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de una cláusula que a la postre ha sido reputada nula.*
 - 1.1. El artículo 1.303 del Código civil determinaría que, declarada la nulidad, los contratantes deben restituirse recíprocamente en las prestaciones afectadas por dicha nulidad.*
 - 1.2. Pese a lo establecido en el precepto de referencia lo cierto es que en el presente supuesto entiendo que no debe producirse esa restitución. Esta consideración se realiza más allá de lo que concluye la sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo dado que el supuesto analizado en dichos autos es distinto del presente tanto en cuanto a los sujetos como a la naturaleza de la acción.*
 - 1.3. Sin embargo creo que las instituciones civiles vinculadas al Código civil no son de exacta aplicación a supuestos como el presente:*
 - 1.4. El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 CEE, sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores, no establece la nulidad de las cláusulas abusivas, establece únicamente que los estados miembros establecerán que estas cláusulas no vincularán al consumidor.*
 - 1.5. La no vinculación no determina ningún efecto complementario, ni permite establecer la nulidad de la cláusula con el efecto reflejo de la recíproca restitución de prestaciones.*
 - 1.6. Esa misma directiva establece en el artículo 6.1 que como norma general el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes con el único efecto de que el consumidor no se verá comprometido por dichas cláusulas.*
 - 1.7. En el ordenamiento jurídico español la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en el artículo 8 establece la nulidad de estas cláusulas. En la medida en la que la LCGC responde a la trasposición de la directiva comunitaria de referencia puede y debe afirmarse que la nulidad es la “respuesta” que el derecho interno da a la exigencia de no vinculación de las cláusulas.*
 - 1.8. De hecho el artículo 7 de la normativa española habla de la no incorporación, mientras que el artículo 8 se refiere a la nulidad de las cláusulas.*
 - 1.9. El artículo 83 del Texto Refundido establece que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho. Sin embargo este redactado va más allá de las exigencias de la Directiva comunitaria, que se conforma con la no afectación al consumidor, la no vinculación. - Así se mantiene en la nueva redacción del artículo 83 del TR conforme a la reforma llevada a efecto por la Ley 3/2014: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”. En realidad los efectos que establece - nulidad y supresión del contrato - no son equivalentes dado que la nulidad tiene efectos desde retroactivos, es decir una cláusula nula no despliega efectos y las partes deben*

reintegrarse en las prestaciones recíprocamente realizadas; mientras que la consideración de que una cláusula se tiene por no puesta despliega sus efectos sólo desde el momento en el que se produce esa declaración, por lo que desaparecería ese efecto retroactivo.

1.10. *Los efectos de la nulidad en el código civil son claros; sin embargo los efectos de la no incorporación con la que se contenta la directiva comunitaria permiten una modulación de efectos en consonancia con la propia directiva.*

1.11. *Por lo tanto en la medida en la que la cláusula de referencia no es abusiva per sé, por su contenido, sino que debe reputarse abusiva por el modo en el que se incorpora al contrato, modo que infringe el control de transparencia; es razonable defender que la no afectación del consumidor a dicha cláusula no debe tener efecto retroactivo, por lo tanto no debe condenarse a la entidad financiera a satisfacer las cantidades cobradas por aplicación de dicha cláusula.*

1.12. *Conjugando el texto de la directiva con el de la normativa española es defendible que no todas las declaraciones de abusividad de una cláusula tengan el efecto reflejo de la nulidad de la misma y la recíproca restitución; en algunos supuestos, como el presente, la declaración de nulidad puede configurarse como una no vinculación del consumidor que sería efectiva a partir del momento en el que se declara la abusividad.*

Por todo ello, procede desestimar la petición de la actora y acordar la no devolución de cantidades.

SÉPTIMO. Costas

Conforme al Art. 394.2 LEC, no procede condenar en costas a ninguna de las partes no solo porque estamos ante una estimación parcial de la demanda sino por las serias dudas de derecho que se plantean en torno a los efectos de esa nulidad.

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

FALLO

Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por SUSANA y JUAN RAFAEL contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, sin condena en costas.

Declaro la nulidad de la estipulación que establece el límite de interés aplicable al devengo de intereses ordinarios en un mínimo del 3,5% y un máximo del 11,750% aplicable al préstamo hipotecario, suscrito por la actora con la demandada, en su escritura de préstamo hipotecario de 11 de mayo de 2005.

No ha lugar a la devolución de cantidades, surtiendo efectos dicha nulidad desde la presente sentencia.

Declaro, en lo restante, la vigencia del referido contrato de préstamo hipotecario suscrito entre la parte actora y la demandada en fecha 11 de mayo de 2005.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y el modo de su impugnación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: *Contra esta sentencia cabe recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DÍAS del que conocerá la Audiencia Provincial de Barcelona (artículo 455 LEC, tras la reforma operada por la Ley 37/2011).*

*Asimismo, de conformidad con lo establecido en la DA 15ª de la LOPJ, en su redacción dada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, se indica a las partes que, salvo que tengan reconocido el derecho al beneficio de justicia gratuita (Art. 6.5 Ley 1/06, de 10 de enero, y punto 7º de la instrucción 8/2009, de la secretaría de Estado de Justicia), **será requisito indispensable para la admisión a trámite de la preparación del recurso de apelación la constitución de un depósito previo de 50 EUROS en la Cuenta de Consignaciones y depósitos de este Juzgado** mediante ingreso o transferencia bancaria.*

*Asimismo, será necesario el pago de la **tasa estatal** conforme al Art. 2 de la Ley 10/2012 con las modificaciones introducidas por el RDL 3/2013.*

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgado en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: *la anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Sra. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, en su sala de despacho, doy fe.*