

Juzgado Mercantil nº 1 de Barcelona
Gran Vía de les Corts Catalanes nº 111, Edificio C

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO Nº 817/2013-E

PARTE ACTORA: ORIOL JOSÉ y MARIBEL

Procurador: Raúl Rodríguez Nieto

Letrado: Ferran Teva Mont

PARTE DEMANDADA: BANCO POPULAR PASTOR SA

Procuradora:

Letrado:

SENTENCIA Nº 175/2014

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 2 de diciembre de 2013, Don Raúl Rodríguez Nieto, actuando en nombre y representación de ORIOL JOSÉ y MARIBEL, presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, de cuyo conocimiento correspondió a este Juzgado con arreglo a las normas de reparto, interesando, al amparo de la normativa de condiciones generales de la contratación y sobre consumidores y usuarios:

1.1.- La nulidad de la cláusula contractual de limitación de la variación del interés, con todos los efectos inherentes a tal declaración.

1.2.- La retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula contractual de limitación a la variación de los tipos de interés.

1.3.- Que la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL proceda a la compensación de aquellas cantidades abonadas indebidamente durante la aplicación de dicha cláusula, mediante la amortización anticipada de la cantidad total respecto del principal pendiente del préstamo hipotecario.

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

1.1.- En fecha 19/04/2007, los actores suscribieron con la entidad demandada una escritura de préstamo hipotecario para la compraventa de la finca nº 5855, sita en la calle Anoaia, nº 7 de Gelida (documento nº1), que incluía las siguientes condiciones financieras:

Importe: 335.000 euros.

Plazo: 40 años.

Interés ordinario: euribor + 0,95% (0,45% bonificado) con los siguientes límites (tipo mínimo: 4%; tipo máximo: 12,50%).

La cláusula tercera bis, apartado cuarto establecía:

“Las partes acuerdan 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 CUATRO POR CIENTO (4%) por ciento ni superior al doce enteros con cincuenta centésimas por ciento (12,50%) nomina anual”.

1.2.- Dicha cláusula inserta en la escritura de préstamo hipotecario sería anulable por no superar el control de incorporación y transparencia establecido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 09/05/2013, al omitir la entidad bancaria la información suficiente para que el consumidor formara una representación exacta y fiel del alcance de la cláusula “suelo” como parte integrante del precio del préstamo y de su incidencia en la determinación de la cantidad a abonar, lo que determina el carácter abusivo de la cláusula.

SEGUNDO. Por decreto de 9 de enero de 2014, 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, por escrito de contestación de 14 de febrero de 2014, alegando: a) Falta de litisconsorcio activo necesario; b) La total información y transparencia mostrada por la entidad bancaria, al ser la cláusula suelo fruto de una negociación individualizada; c) El control de abusividad por ser la cláusula impuesta, contraria a la buena fe, causando un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, no ha sido acreditado).

TERCERO. La audiencia previa se celebró el día 15 de mayo de 2014, en cuyo acto las partes fijaron los hechos controvertidos, admitiéndose la prueba documental, de interrogatorio de la demandada y testifical, señalándose para la celebración de vista el día 22 de septiembre de 2014.

El día previsto se celebró el juicio, practicándose la prueba propuesta y admitida. A continuación, y tras formular las partes sus conclusiones, quedaron los autos conclusos y vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como cuestión previa, conviene resolver la excepción de falta de litisconsorcio activo necesario, objetada por BANCO POPULAR frente a la demanda ejercitada por los Sres. y, al socaire de la necesidad de que los cuatro fiadores avalistas del préstamo de autos, ejerciten conjuntamente la pretensión.

Sin embargo, el hecho de que los actores sean los prestatarios, y sin perjuicio de litigar en interés y beneficio de los fiadores, que verían reducida su eventual responsabilidad en caso de una eventual sentencia estimatoria, resulta que el litisconsorcio no se puede configurar como necesario, ya que la responsabilidad entre los actores y aquéllos sería solidaria lo que revela la inexistencia de defecto alguno en la constitución de la parte activa de la litis.

Por ello, la excepción debe desestimarse.

SEGUNDO.- En cuanto a la posible anulabilidad de la cláusula “suelo” contenida en el negocio suscrito por los actores, procede analizar la doctrina jurisprudencial reflejada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 acerca del control de transparencia y abusividad de las mismas.

Así, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, y ulterior auto aclaratorio de 3 de junio de 2013, crean jurisprudencia al respecto, afirmando que la cláusula suelo ostenta la consideración de condición general de la contratación, al ser una cláusula impuesta no negociada individualmente con el consumidor, por lo que, aun cuando afecte al objeto principal del contrato, puede ser sometida al control de abusividad por parte del juez, al no integrar el elemento esencial del negocio jurídico.

Asimismo, pese a que la cláusula suelo, *per se*, sea lícita cabe declarar la abusividad de la misma por falta de transparencia, apreciable de oficio por el órgano jurisdiccional. Por tanto, según el Tribunal Supremo, tales cláusulas deben superar dos niveles de enjuiciamiento diferentes: el primero, si la cláusula es clara en sí misma, valorando cómo se incorporó al contrato; y en segundo lugar, en relación 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.

a) Condiciones generales de la contratación.

Existen dos premisas fundamentales para poder entrar a valorar si una cláusula es o no abusiva al amparo de la LCGC 7/1998, de 13 de abril, 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 primer 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 ambas personas físicas, 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, destinando el inmueble adquirido al uso de vivienda habitual, por lo que no resulta acreditado en modo alguno que gocen de conocimientos financieros específicos ni posean un perfil inversor concreto, como esgrimió la demandada en su escrito de contestación.

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 es facultativa. Ahora bien, el hecho de que no se incluyan necesariamente en todos los contratos no obsta a la consideración de que se trata de cláusulas prerredactadas y destinadas a ser incorporadas a una multitud de ellos, lo que la convierte en una condición general. En suma, estamos ante una *“condición general de la contratación”* del apartado 1 del artículo 1 LCGC a cuyo tenor: *“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”*.

Así, 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”.

Aplicando tales preceptos y requisitos al caso que nos ocupa, cabe concluir que 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, por más que los actores hayan tratado, verificados sus efectos perjudiciales, de aminorar dichas consecuencias a fin de evitar la interposición de la presente demanda en la vía judicial.

En este sentido, y pese a que la demandada ha insistido en que la cláusula resultó fruto de una negociación extensa con ambos actores, ninguna prueba se ha practicado al respecto. Antes al contrario, del tenor de la cláusula se aprecia la vocación de ser incorporada a múltiples negocios jurídicos, siendo prerredactada por la entidad bancaria.

Así resulta del análisis de la escritura de préstamo hipotecario de 19 de abril de 2007, para la compraventa de la finca nº 5855, sita en la calle

Anoia, nº 7 de Gelida (documento nº1), que incluía las siguientes condiciones financieras:

Importe: 335.000 euros.

Plazo: 40 años.

Interés ordinario: euribor + 0,95% (0,45% bonificado) con los siguientes límites (tipo mínimo: 4%; tipo máximo: 12,50%).

La cláusula tercera bis, apartado cuarto contenía la cláusula suelo, del siguiente tenor literal: *“Las partes acuerdan 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 CUATRO POR CIENTO (4%) por ciento ni superior al doce enteros con cincuenta centésimas por ciento (12,50%) nomina anual”.*

En cuanto al argumento de que dicha cláusula viene reconocida legalmente por 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, la cual admite la legalidad y validez de cualquier modalidad de este tipo de cláusulas, no impide tal consideración 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, se 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.

Así, 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 la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis”.*

b) El control de las condiciones sobre el objeto principal del contrato

Una vez concluido que las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación, procede analizar si no puede entrarse en el control de su abusividad por venir referidas al precio y, por tanto, al objeto principal del contrato.

El TS, en sus FJ 184 a 190, analiza de forma pormenorizada esta cuestión 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.

“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 “[l]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.

En suma, la regla general es que tales cláusulas, en la medida en que se refieren al objeto principal del contrato, definiendo esencialmente su contenido, no son susceptibles de ser sometidas al control de abusividad por falta de reciprocidad de prestaciones, al estar ante contratos con obligaciones recíprocas.

Sin embargo, al no formar parte del elemento esencial, sí pueden someterse al control de transparencia, 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.

Como expone el Tribunal Supremo (FJ 196):

“196. a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone”.

Por todo ello, procede concluir que si bien es cierto que la cláusula suelo es una condición general de la contratación, en la medida en que afecta al objeto principal del contrato, describiendo el precio, no puede ser sometida al control de abusividad por falta de reciprocidad de prestaciones, pero sí someterla al doble control de transparencia como luego se analizará.

c)Control de transparencia en cuanto a la incorporación de la cláusula suelo.

Por tanto, 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, de la lectura del contrato de préstamo hipotecario se puede concluir que las cláusulas, leídas de forma aislada, son claras, tal como alega la parte demandada, 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, lo que habrá que analizar a continuación, es cómo se incorporó esa cláusula al contrato. Cabe recordar que la OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores, la cual exige, en resumen, que el banco entregue al cliente solicitante del préstamo

hipotecario un folleto informativo, le sigue una oferta vinculante que incluye las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), se le debe de dar al cliente la posibilidad de examinar 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 al cliente sobre las circunstancias del interés variable, y muy especialmente, de la existencia de limitaciones a la variación del tipo de interés, y si son o no semejantes tanto al alza como a la baja. Si se cumplen tales requisitos, se puede concluir que la incorporación de la citada cláusula al contrato, garantiza de manera razonable los requisitos exigidos por la LCGC. Así, 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 los documentos obrantes en autos, y de la testifical del empleado de la entidad bancaria que comercializó el préstamo hipotecario, no queda suficientemente acreditado que se cumpliera tal proceso informativo, ni desde el punto de vista precontractual ni en el momento de la firma de la escritura notarial, pues no aporta la entidad bancaria prueba alguna relativa a que se le entregara al cliente el correspondiente folleto informativo o documento alguno que contuviera simulaciones o escenarios posibles que contemplaran la incidencia de la cláusula, con carácter previo a la suscripción del préstamo hipotecario, ni su funcionamiento, ni se le hubiere informado de su derecho a examinar el préstamo hipotecario tres días antes de la firma ante el Notario de la escritura pública, ni que éste, al margen de leer la citada escritura, les explicara expresamente que dicho préstamo hipotecario contenía una cláusula suelo con unas precisas repercusiones económica y jurídicas. Por tanto, no se cumplen los requisitos legalmente exigidos por la OM de 1994, por lo que cabe declarar que la cláusula es abusiva por falta de transparencia.

Es más, aun admitiendo que dicha cláusula se incorporó correctamente, por no ser de aplicación la citada normativa, 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, resulta “*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, contenida prácticamente diez páginas después de las normas sobre fijación del tipo de interés, 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.

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 se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor”.*

Por último, una vez concluida que la cláusula suelo examinada no cumple el deber de transparencia en los términos indicados, debe analizarse si es o no abusiva por causar un desequilibrio en perjuicio del consumidor. Ante la ausencia de una norma nacional y comunitaria que defina qué se entiende por “tal desequilibrio” el TS, en el FJ 253 de su sentencia, da las pautas necesarias para ello:

“Es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto”.

Y añade en los FJ 257 a 259: *“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”.

Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto, que dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza".

En este caso, concurren tales requisitos pues es el cliente quien sufre la pérdida del derecho a beneficiarse de las bajadas del tipo de interés, máxime cuando en este caso, existe una falsa reciprocidad entre el techo y el suelo, cuando la evolución de los tipos de interés dice que es difícil que se pueda llegar.

Por último, declarada la abusividad de la cláusula suelo por falta de transparencia y por suponer un desequilibrio injustificado para el consumidor, la consecuencia jurídica que procede es la de declarar la nulidad de la misma, 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

TERCERO.- 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 concurren 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.

CUARTO.- 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 D. ORIOL JOSÉ y D^a. MARIBEL 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.

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 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 15^a 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, 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.