



Roj: SJM B 215/2013
Id Cendoj: 08019470092013100001
Órgano: Juzgado de lo Mercantil
Sede: Barcelona
Sección: 9
Nº de Recurso: 46/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores
Ponente: BARBARA MARIA CORDOBA ARDAO
Tipo de Resolución: Sentencia

Juzgado Mercantil nº 9 de Barcelona

Gran Vía de les Corts Catalanes nº 111

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO Nº 46/13-D2

PARTE ACTORA: Vidal Y Ariadna

Procurador: JESÚS DE LABA CIDONCHA

PARTE DEMANDADA: BANCO MARE NOSTRUM SA

Procuradora: MARTA PRADERA RIVERO

SENTENCIA Nº /2013

Magistrada que la dicta: BÁRBARA MARÍA CÓRDOBA ARDAO

Lugar: Barcelona

Fecha: 18 de junio de 2013

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 22 de enero de 2013, Don JESÚS DE LABA CIDONCHA, Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de Don Vidal y Doña Ariadna, tal como consta debidamente acreditado en autos, presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad BANCO MARE NOSTRUM SA, de 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 15 de abril de 2013, a las 10:30 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 lo que sin más trámites, conforme al Art. 429.8 LEC, se declaró concluso el acto y visto para sentencia.

CUARTO. A raíz de la STS de 9 de mayo de 2013 y, en concreto, de su fundamento jurídico 126, por providencia de 27 de mayo de 2013, se citó a las partes a una comparecencia para que pudiera alegar lo que a su derecho convenga sobre el control de transparencia que aplica nuestro Alto Tribunal y, en su caso, proponer medios de prueba adicionales. Dicha comparecencia se celebró el día 6 de junio de 2013, a las 10 horas, durante la cual, cada una de las partes pudo alegar lo que a su derecho convino con el resultado que consta en soporte de grabación audiovisual. Finalmente, se declaró concluso el acto y visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Alegaciones*

No es un hecho controvertido y así se desprende también del doc. 1 del escrito de demanda, que el día 27 de mayo de 2005, Don. Vidal y Ariadna (en concepto de prestatarios) y la entidad CAIXA D#ESTALVIS

DEL PENEDÉS (hoy BANCO MARE NOSTRUM SA, en concepto de prestamista) suscribieron un contrato de préstamo hipotecario en virtud del cual, la entidad bancaria les concedió un préstamo por importe de 177.000 euros a devolver en 20 años, a razón de 240 cuotas mensuales en las que estaban incluidos el capital e intereses, debiendo satisfacer la primera cuota el día 26 de junio de 2005 y la última, el 26 de mayo de 2025 (**cláusulas** contractuales financieras 1ª y 2ª). Cada cuota mensual se fijaría en función del capital pendiente de pago más un interés ordinario que variaría según el periodo. En concreto:

Periodo inicial: se aplicaría un tipo de interés fijo del 3% (desde la fecha de constitución del préstamo hipotecario hasta el 26 de octubre de 2005).

Periodos sucesivos: a partir del día 26 de octubre de 2005 hasta el vencimiento del préstamo, el interés remuneratorio será revisable cada seis meses (**cláusula** 3r bis) y se calcularía tomando un tipo de referencia (EURIBOR) más un diferencial (1 punto), tal como recoge la **cláusula** 3ª del contrato que lleva por rúbrica "INTERESES ORDINARIOS y la **cláusula** tercera bis.

No obstante, sigue diciendo la escritura pública, " *el tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo no podrá en ningún caso ser inferior al 3 % (comúnmente conocida como **cláusula suelo** o "floor") ni superior al 19% (**cláusula** techo o "cap") los cuales tendrán la consideración de tipo mínimo y máximo de referencia. Por tanto, si el resultado de la revisión en cualquier de los periodos de interés comprendidos en la segunda fase fuese inferior al interés mínimo o superior al tipo de interés máximo establecido, serán éstos tipos de interés mínimo y máximo los que se aplicarán al periodo correspondiente* ".

En aplicación de tales **cláusulas**, los actores han venido pagando hasta la fecha, el siguiente tipo de interés:

26/5/2005-25/11/2005: 3%
26/11/2005-25/5/2006: 3,223%
26/5/2006-25/11/2006: 3,914%
26/11/2006-25/5/2007: 4,615%
26/5/2007-25/11/2007: 5,094%
26/11/2007-25/5/2008: 5,666%
26/5/2008-25/11/2008: 6,323%
26/11/2008-25/5/2009: 3,135%

A partir del 26/5/2009, con motivo de la bajada de los tipos de interés, se comenzó a aplicar la **cláusula suelo** pagando el cliente el 3% de interés de forma fija hasta la actualidad.

El día 29 de marzo de 2011, los Sres. Vidal y Ariadna remitieron una carta a la entidad bancaria mostrando su disconformidad con la aplicación de esa **cláusula suelo** y solicitaron su eliminación, petición que fue rechazada por la entidad bancaria lo que motivó la interposición de la presente demanda por la que se solicita se declare la nulidad de la misma y se condene a la entidad bancaria a devolver a los actores las cantidades indebidamente percibidas.

A entender de la actora, la citada **cláusula suelo** es una condición general de la contratación al haber sido impuesta por el banco sin posibilidad de negociación y cuya incorporación a los contratos de préstamo hipotecario impide al cliente beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés. Además, dicha **cláusula** transgrede el principio de buena fe contractual y provoca un desequilibrio sustancial e injustificado de las obligaciones contractuales entre ambas partes no siendo el mismo riesgo el que asumen una y otra al haberse pactado el **suelo** en el 3% y el techo, en el 19%, a sabiendas de que éste nunca se podría alcanzar, todo ello, en contravención de lo dispuesto en el Art. 10 , 82 , 85 y 87 TRLGDCU del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007).

Asimismo, de forma acumulada, solicita se condene a la parte demandada a reintegrar aquellas cantidades que los actores hayan podido estar pagando de más en virtud de la aplicación de la referida **cláusula**, más los intereses devengados desde la fecha de su cobro y costas, al amparo del Art. 1306 CC y Art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación .

La parte demandada se opone a su estimación negando la realidad de los hechos en los que se fundamenta la demanda. Sostiene 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. Por tanto, al no ser una condición general y al afectar al objeto principal del contrato, no puede ser sometida al control jurisdiccional de abusividad de la LCGC. Por otra parte, niega haber contravenido la buena fe contractual, es más, es una **cláusula** reconocida legalmente y no hay desequilibrio de prestaciones entendidas éstas como derechos y obligaciones de las partes. Por último, sostiene que no pueden equipararse las **cláusulas suelo** y techo pues se refieren a indicadores distintos. De hecho, la actora solamente pide la eliminación de la **cláusula suelo** no así la del techo.

Subsidiariamente, en cuanto a la aplicación de oficio del control de transparencia que aplica la reciente STS de 9 de mayo de 2013, sostiene la demandada que la **cláusula** es clara y los clientes fueron informados debidamente de la misma de forma previa a la suscripción del contrato de préstamo hipotecario sin que pusieran objeción alguna. Por último, defiende que no cabe aplicar tal control de oficio pues se quiebra el principio dispositivo y el de juez imparcial.

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 sorpresivos.

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 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 determinar que la **cláusula suelo**, per se, es lícita se puede declarar la abusividad de la misma por falta de transparencia, apreciable de oficio. Por tanto, según el TS, tales **cláusulas** deben superar dos niveles diferentes: el primero, si la **cláusula** es clara en si 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**.

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 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 " *consumidores 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 es facultativa. Ahora bien, el hecho de que no se incluyan necesariamente en todos los contratos, en la medida en que son **cláusulas** prerredactadas y destinadas a ser incorporadas a una multitud de ellos, la convierte en una condición general.

Es más, en el propio escrito de contestación se reconoce que la citada **cláusula** no fue negociada individualmente con el cliente sino que fue la condición que le impuso el banco para prestarle el dinero. Al respecto, es muy ilustrativa la expresión utilizada por la demandada de que se trata de "la mínima rentabilidad a la que el banco estaba dispuesto a prestar dinero".

En suma, 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*".

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.

En cuanto al argumento esgrimido por la entidad bancaria 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, 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".

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

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 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.

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 "[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, efectivamente, es que tales **cláusulas**, cuando se refieren al objeto principal del contrato, es que 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, 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.

En suma, en palabras del TS (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 denegar la acción principal ejercitada en la demanda pues 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, no puede ser sometida al control de abusividad por falta de reciprocidad de prestaciones tal y como solicita la actora en su demanda (aun cuando en este caso, es clamoroso que el fijar un cap del 19% es notoriamente desproporcionado con un **suelo** del 3% pues de las evoluciones de los tipos de interés es evidente que el cap difícilmente se va a alcanzar) pero sí someterla al doble control de transparencia como luego se analizará.

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, de la lectura del contrato de préstamo hipotecario objeto de litigio y en particular, si analizamos las **cláusulas** 3 y 3 bis, se puede concluir que las mismas, 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". Por tanto, cumple el primer nivel de transparencia.

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 no queda suficientemente acreditado que se cumpliera tal proceso informativo pues no aporta la entidad bancaria ningún prueba relativa a que se le entregara al cliente ningún folleto informativo 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** ni las repercusiones económica y jurídicas que ello comportaba pues en la escritura pública ninguna mención se hace al respecto. Por tanto, a juicio de este juzgador, 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, 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.

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 los 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 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. 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 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 al estar fijado el **suelo** en un 3% y el techo en un 19% 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. De hecho, tampoco discuten las partes que la consecuencia jurídica es la de nulidad parcial de la **cláusula** no así la nulidad total del contrato.

SEXO. Devolución de cantidades

Por último, además de declarar la nulidad de la **cláusula suelo**, lo que debe fijarse a continuación es 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 "[l]a decisión judicial por la que se declara abusiva una **cláusula** determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)".

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. Más en concreto, las razones que esgrime el Tribunal Supremo para no aplicar a la nulidad de las **cláusulas suelo**, los efectos retroactivos son:

" 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

No desconoce este juzgador que a raíz de la citada sentencia, se han dictado ya algunas resoluciones judiciales que aplican tales efectos retroactivos y condenan a la entidad bancaria a devolver lo indebidamente percibido por el Art. 1303 CC . Al margen de que tal decisión tiene su respaldo jurídico, considero que no es la que se adecua a la jurisprudencia del TS asentada en su sentencia de 12 de marzo de 2012 y 9 de mayo de 2013 , la cual nos vincula a los jueces y tribunales salvo que concurren motivos especiales para poder apartarnos de la misma cosa que en mi opinión, no sucede en este caso pues concurren todos y cada uno de los requisitos que cita Nuestro Alto Tribunal en el FJ 293 de su sentencia para atemperar los efectos de la nulidad, sin que altere tal conclusión el hecho de que estemos ante un pleito iniciado por una acción individual y no por una acción colectiva. Además, no tiene lógica que la sentencia solamente se aplique a aquellos aspectos que beneficia a los consumidores no así en lo que les pueda perjudicar. Por último, aun cuando estemos ante una acción individual, sin lugar a dudas, la STS puede provocar un efecto llamada e iniciarse multitud de procedimientos que de declararse la nulidad de las **cláusulas suelo** con efectos retroactivos podría suponer un quebranto del sistema financiero español y tener que acudir a un posible rescate, no pudiendo obviar ni minimizar ni ser ajenos a las repercusiones económicas de nuestras decisiones.

Por todo ello, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de la **cláusula suelo** solamente operará con efectos ex nunc y no a los pagos ya efectuados por el cliente hasta la fecha.

SÉPTIMO. Costas

Conforme al Art. 394.2 LEC , no procede condenar en costas a ninguna de las partes no sólo porque se haya estimado parcialmente la demanda sino por las serias dudas de derecho que se plantean. Prueba de ello, son las resoluciones judiciales que se han venido dictando al respecto en sentido contrario para resolver la misma cuestión jurídica hasta la reciente STS de 9 de mayo de 2013 . Es más, la misma ha generado multitud de dudas interpretativas motivo por el cual ya se están dictando sentencias en sentido contrario como por ejemplo, respecto a la retroactividad o no de los sus efectos a las acciones individuales.

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

FALLO

Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por Don. Vidal y Ariadna contra la entidad BANCO MARE NOSTRUM SA, sin condena en costas.

Declaro la nulidad de la **cláusula** 3ª bis del contrato, titulada "Tipo de interés aplicable" apartado a) "**cláusula suelo**") del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes por abusividad debido a la falta de transparencia.



Condeno a BANCO MARE NOSTRUM a eliminar a su costa la citada **cláusula** del contrato de préstamo hipotecario suscrito con los actores.

Declaro la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario en vigor suscrito entre la actora y la demandada.

No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a los pagos ya efectuados por los actores, produciendo sus efectos ex nunc.

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.