



**XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4
OURENSE**

SENTENCIA: 00095/2013
ORDINARIO
MERCANTIL



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

SENTENCIA

En Orense, a 13 de mayo de 2013.

Vistos por mí, Eva María Martínez Gallego, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4, con competencia mercantil de Orense, los presentes autos del **JUICIO ORDINARIO** registrados con el número de seguidos ante este Juzgado entre partes, de un lado, como parte demandante, **DOÑA**

representados por la Procuradora Sra.
y asistidos por el letrado Sr.
contra **N.C.G BANCO S.A** representado por Doña
y asistido de letrado, ha dictado la siguiente
sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. nombre y representación de los actores ya referenciados se presentó demanda de juicio ordinario con fecha 26 de febrero de 2013 en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando la condena de lo consignado en el suplico de su demanda. Por Diligencia de Ordenación habiéndose apreciado un defecto formal al no acreditarse la representación por el procurador, de acuerdo con el art. 231 LEC se acordó incoar el presente procedimiento y requerir al actor para que en el plazo de cinco días procediera a su subsanación; requerimiento atendido en fecha 19 de marzo de 2013. Admitida a trámite por Decreto de fecha 26 de marzo de 2013, se confirió traslado a la entidad demandada a fin de que contestara dentro del plazo de veinte días, si le convenía.

SEGUNDO.- Por la representación en autos de la entidad demandada, se pasó a contestar a la demanda en fecha 23 de abril de 2013 en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando la desestimación de la demanda, con costas para la actora.

TERCERO.- Convocadas las partes a la celebración de la Audiencia Previa que tuvo lugar el día 13 de mayo de 2013, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos; y habiendo planteado la parte demandada en su contestación a la demanda excepción procesal de litispendencia, en base a los argumentos que figuran en su escrito; por la representación procesal de la parte actora se opuso a la estimación de la excepción formulada por la adversa, al entender que cercena la tutela judicial efectiva de sus patrocinados; siendo resuelta dicha excepción de forma sucinta en el acto de la Audiencia Previa



sin perjuicio de dejar constancia escrita debidamente fundamentada de los motivos de la desestimación; recurrido en recurso de reposición en el mismo acto, previo traslado a la parte actora se desestimó por los mismo fundamentos de derecho que se señalaron, constando protesta a los efectos de la apelación.

En fecha 13 de mayo de 2013 se dictó por este Juzgado Auto desestimando la excepción procesal de litispendencia de conformidad a lo ya señalado de forma sucinta en el acto de la Audiencia Previa, con los recursos y constancia de protesta ya señalados en el párrafo anterior.

CUARTO.- En la citada Audiencia Previa habiendo sido propuesta por ambas partes exclusivamente prueba la documental obrante en autos que no fue impugnada por ninguna de las partes, quedaron los presentes conclusos para dictar Sentencia.

QUINTO.- Que en la tramitación del presente se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente caso, la parte actora reclama que se declare la nulidad de una de las cláusulas de los dos contratos de préstamos hipotecarios suscritos entre las partes; en concreto de la cláusula 3ª Bis e):

En concreto del contrato celebrado entre, **DOÑA**

en fecha 29 de abril de 2004 (obrando al folio 52 y ss del procedimiento), relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés, variable ("cláusula suelo" en concreto siendo pactado el tipo de interés a Euribor + 0'50%, se fija en la cláusula cuya nulidad se insta, que no podrá ser inferior al 3'25% ni superior al 9%), alegando que se trata de una condición general, y que tiene el carácter de abusiva, y que se condene a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato suscrito entre éstos, teniéndose por no puesta y condenando a la entidad bancaria a pasar por tal declaración con los efectos que procedan. Todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales.

De este modo, solicitan los actores la nulidad en concreto de la cláusula 3º Bis e) de ambos contratos, cláusula que es del siguiente tenor:

Contrato de préstamo hipotecario de fecha 29 de abril de 2004; "no obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al tres coma veinticinco por ciento (3'25%), ni superior al quince por ciento (9%)".

Señalan los actores que se pactó un tipo fijo durante un año del 3%, y a partir de ese momento el tipo de interés fijado como remuneración del capital prestado sería EURIBOR (índice de referencia variable) a un año, más un 0'50%, (dicho margen o diferencial permanecerá invariable durante toda la vida del préstamo) -cláusula 3º bis a); incluyendo



posteriormente la cláusula 3º bis e) por la que independientemente de cuales fuesen las fluctuaciones del EURIBOR, dicho tipo no pudiera descender por debajo del 3,25%, de manera que se protege con ello a la entidad bancaria frente a la caída del índice de referencia por debajo del concreto límite fijado.

La parte demandante estima que si bien es cierto que existe en dicho contrato de préstamo hipotecario cláusula techo, el tipo de interés máximo establecido lo fija la entidad bancaria en el 9%, cuando el interés nunca ha estado por encima del 5%, por lo que considera que dicha cláusula es abusiva al no ir acompañada de una limitación similar, dentro de los mismos límites- para proteger al consumidor frente a fluctuaciones al alza del EURIBOR, por lo que causa un desequilibrio en perjuicio de éste, desequilibrio que es contrario a la buena fe que debe presidir las relaciones jurídicas entre las partes.

Por otra parte, afirma la parte actora que dicha cláusula suelo claramente impide a los clientes de la entidad bancaria beneficiarse de las fluctuaciones a la baja del tipo variable pactado, siendo una cláusula predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos de manera exclusiva por la entidad, causando un desequilibrio injustificado de las obligaciones contractuales en detrimento de los consumidores, aquí actores. Al tiempo, alega que en ningún caso, dicha cláusula fue objeto de negociación por las partes contratantes ni tan siquiera se informó a éstos de su inclusión en el contrato por parte de la entidad demandada, dejando inoperante la variabilidad del índice realmente pactado por los clientes.

Por su parte, la entidad bancaria demandada NCG se opone a la solicitud efectuada de contrario. Alega en primer término la excepción procesal de litispendencia que ha sido resuelta debidamente motivada en el acto de la Audiencia Previa y cuya constancia escrita se verifica en el Auto de fecha 13 de mayo de 2013. En relación al fondo del asunto alega que la cláusula no tiene la consideración de condición general sino que es un pacto financiero, y por tanto no puede ser abusiva, puesto que fue conocida y expresamente aceptada por los demandantes, pues no existen discrepancias entre las ofertas vinculantes y los préstamos firmados de conformidad con las advertencias que señala el Fedatario interviniente (que, por lo demás, pudo acudir a otra entidad, siendo muy amplia la oferta de préstamos existente en el mercado), en atención a las circunstancias particulares del caso, y no fue, por tanto, impuesta unilateralmente por la demandada. Al tiempo señala que dicha cláusula suelo fue negociada con anterioridad, manifestando los actores su conformidad con la misma ante el fedatario público. Por todo lo anterior, estiman que dicha cláusula no es abusiva al no haber sido además predispuesta unilateralmente por la entidad bancaria.

Asimismo, entienden en virtud de las alegaciones que efectúan, que dicha cláusula en general, confiere estabilidad al mercado financiero, y en tal sentido es beneficiosa tanto para el acreedor (entidad bancaria) como para el deudor (consumidor), puesto que protege un interés público. Pretende el fin legítimo de permitir a la entidad bancaria la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

recuperación de los costes invertidos para poder ofrecer el producto en las condiciones en que lo hace, y ello beneficia también al consumidor que acude a solicitar el crédito, puesto que le permite obtenerlo en mejores condiciones. En este sentido remite al informe elaborado por el Banco de España al hilo de una moción presentada en el Senado de fecha 27 de abril de 2010, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 7 de mayo de 2010, cuyo texto aporta (documento nº 6 de la contestación a la demanda que obra incorporado al folio 181 bis). La demandada alega, además, que, en el caso concreto, no existe el pretendido desequilibrio entre las prestaciones de las partes, ya que el límite mínimo establecido es de los más moderados del mercado, y por lo demás el propio contrato prevé mecanismos de protección para el consumidor, frente a una eventual subida excesiva de los tipos de interés, como es la cláusula techo que se sitúa al 9% al margen de la posibilidad que tiene el consumidor al amparo de la Ley 2/1994, de 30 de marzo de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, de subrogar a otra entidad financiera en los préstamos hipotecarios a su sola voluntad, desligándose así del contrato cuya cláusula se estima ahora abusiva.

Se esgrime al tiempo como alegación, que la parte actora con argumento de la abusividad invocado lo que pretende realmente es modificar una de las condiciones financieras del préstamo manteniendo el resto.

Como ya se ha señalado, la demandada considera que la cláusula 3 bis e) del contrato de préstamo hipotecario suscrito no es una condición general, sino un pacto financiero al establecer límites mínimos y máximos, no siendo una cláusula predispuesta de conformidad con lo establecido en el art. 1 de la Ley de condición Generales de la Contratación que debe interpretarse en relación a la "imposición" con el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Así las cosas, dicha cláusula estaría exenta de ser sometida a control jurisdiccional por ser abusiva, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13, al referirse a un elemento esencial del contrato, el precio, y contribuir a la determinación del mismo, tal y como ya puso de manifiesto el informe del Banco de España, antes citado. Invoca, en último lugar, que no existe ninguna desproporción ni desequilibrio económico que justifique la nulidad del establecimiento de límites a la variabilidad del tipo de interés y ello si se parte, alega, de los parámetros que son correctos a su juicio, esto es, la duración del contrato, la imprevisible evolución de los tipos de interés hacia el futuro y la evolución en el pasado de los tipos de interés en un periodo temporal equivalente al de duración del préstamo hipotecario. En aras de fundamentar esta alegación, aportan los índices de referencia del Mercado Hipotecario Español desde enero de 1986 (documento nº 5 que obra en cd al folio 181). Concluyen, señalando que ha existido control notarial y consentimiento informado a los demandantes, por lo que solicitan la desestimación íntegra de la demanda con expresa imposición de las costas procesales.

SEGUNDO.- En relación a la excepción de litispendencia alegada por la parte demandada, dejar constancia que ha sido resuelta



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

debidamente motivada en el acto de la Audiencia Previa y cuya constancia escrita se verifica en el Auto de fecha 13 de mayo de 2013 que damos aquí por reproducido para no caer en reiteraciones.

TERCERO.- Analizaremos, en primer lugar, la reclamación tendente a obtener la declaración de nulidad de la cláusula contractual a que se refiere la controversia, cuya existencia y contenido no ha sido negada por ninguna de las partes, por lo que debe aplicarse, respecto de tal extremo, lo dispuesto por el art. 281.3 LEC. Dicha reclamación se basa en el art. 8 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. El mencionado precepto dispone, en su apartado 1, que "serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". El apartado 2 establece que "en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". La referencia debe entenderse hecha al RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, a partir del 1 de diciembre de 2007 (fecha en que entró en vigor), que sustituye y deroga a la mencionada ley.

CUARTO.- Como ya hemos visto, se discute, en primer lugar, si la cláusula controvertida posee el carácter de condición general de la contratación, y en concreto si fue impuesta por la entidad bancaria. Ello es presupuesto necesario de su posible consideración como abusiva. Conforme al art. 1.1 de la Ley 7/98, "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".

La parte demandada discute, concretamente, que no fue impuesta por ella, puesto que se aceptó libremente por el actor, y que por ello no puede ser considerada abusiva. Antes que nada hemos de aclarar que la realidad que contempla el art. 1.1 de la Ley 7/98 son los llamados contratos de adhesión, que se caracterizan porque su contenido viene predeterminado e impuesto por una de las partes (predisponente), mientras que la contraparte (adherente) se limita a aceptar, en bloque, las cláusulas propuestas, sin que exista una previa negociación individualizada del contenido del contrato. Incluso establece el mencionado precepto, en su apartado 2, que "el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión". Es decir, que un contrato es de adhesión si, en general, su contenido no ha sido fruto de una previa negociación entre las partes, sino que dicho contenido ha sido propuesto por una y



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

meramente aceptado por la otra, incluso aunque alguna disposición en concreto sí se haya negociado, a la que no se aplicará la normativa especial contenida en la Ley citada.

De este modo, sólo se puede afirmar que las condiciones generales no son sino las cláusulas de un contrato de adhesión, cuando están destinadas a ser incorporadas a una pluralidad indeterminada de contratos. Por tanto, la calificación de una cláusula como condición general no depende de que haya sido, o no, conocida y aceptada libremente por el adherente (esto podría determinar su no incorporación al contrato, conforme al art. 7 de la Ley 7/98, pero no excluiría su calificación como condición general), sino, más bien, de que el contenido de la misma no haya sido fruto de una previa negociación entre las partes, y esté destinado a incorporarse a una pluralidad de contratos similares.

Los contratos con condiciones generales no excluyen, pues, por completo la existencia de autonomía de la voluntad. Se trata de supuestos en los que existe consentimiento contractual, válido, en principio, si bien la autonomía de la voluntad de las partes se ve matizada o limitada, puesto que una y otra no se hallan en situación de igualdad, ya que, en el caso del adherente, se limita a aceptar, o no, las condiciones que le ofrece la contraparte.

Pues bien, a partir de tal situación, que no prohíbe, sin más, nuestro ordenamiento, como hemos visto, se configuran diversos mecanismos de especial protección para el adherente, precisamente para compensar o corregir la situación de inferioridad en que se encuentra frente al predisponente, y evitar que éste se aproveche, injustamente, de tal situación. Así lo indica la Exposición de Motivos de la Ley 7/98, que señala que "la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica". Ello quiere decir que el control del carácter abusivo de una cláusula, conforme a la Ley 7/98, no se supedita a que la misma haya sido, o no, libremente consentida por el adherente (la protección del adherente frente a las cláusulas abusivas predeterminadas por el adherente parte de esta base), sino a que haya sido negociada individualmente por el mismo, pues ello, y no la simple aceptación de la cláusula, excluiría la desigualdad inherente a todo contrato de adhesión, y la necesidad de especial protección del adherente, de la que forma parte dicho control.

QUINTO.- Se ha de reseñar por otra parte y ya en el caso concreto que nos ocupa que de la valoración del contrato de préstamo hipotecario (documento 2 de la demanda, al folio 52 y ss) respecto del cual se insta la nulidad de la cláusula novena), se verifica sin ningún género de dudas -además de no ser un hecho controvertido entre las partes- que se establece de un lado, un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, de modo que, el impacto de estas cláusulas es que se impone al usuario un tipo mínimo de interés fijo cuando los tipos de referencia estén, por una vía o por otra, por debajo de determinados umbrales. Así, la condición general de contratación que es objeto de la presente demanda -cada una en su respectivo contrato-, representan esas dos vías de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

imposición de un tipo mínimo de interés puesto que, en la primera vía, directamente se establece que el tipo mínimo es 3'25%.

De este modo, mediante este tipo de cláusulas, se trata de imponer por el predisponente tipos mínimos de interés como se acaba de explicar, y que, aunque esos tipos mínimos pueden estar entre el 3'25% u otro porcentaje, no se trata con esta demanda de que se considere abusivo un determinado porcentaje de tipo de interés mínimo, sino que teniendo ambos contratos establecidos además un techo fijado en un 9% habrá que tener éstos también en cuenta a la hora de declarar la nulidad de la cláusula y sus consecuencias jurídicas, pues son a todas luces unos porcentajes absolutamente irreales, máxime cuando es un hecho notorio (a cuya valoración luego nos referiremos) que las acotaciones al alza (cláusulas techo) no tienen virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a incrementos de tipo de interés actual.

SEXTO.- Para la resolución de la presente cuestión debemos estar a lo señalado por el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de fecha 9 de mayo de 2013 cuyos siguientes razonamientos sólo podemos compartir y ello porque en el caso que nos ocupa se ha de tener en cuenta que:

No puede cuestionarse a priori que las cláusulas controvertidas tengan carácter contractual y que su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores es facultativa. Así lo evidencia la realidad explicitada -no en todos los préstamos hipotecarios se utilizan cláusulas de estabilización del tipo de interés- y no se ha alegado la existencia de normativa que exija que en los préstamos hipotecarios deban pactarse tipos de interés variable ni que exista una norma que indique cual es la concreta fórmula que debe utilizarse en el caso de que se opte por esta modalidad de préstamo.

En el caso concreto no cuestionan las partes que se trata de cláusulas prerredactadas y, de hecho, la propia regulación sectorial demuestra que se trata de cláusulas predispuestas, que en su aplicación práctica se concretan en ofertas "irrevocables". Tampoco es un hecho controvertido que se trata de cláusulas destinadas por las prestamistas a ser incluidas en una pluralidad de contratos.

Ahora bien, se hace preciso examinar si los pactos que definen el objeto principal de los contratos pueden tener la consideración de condiciones generales. A este respecto y tal y como afirma la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo en su valoración en relación a los requisitos de las condiciones generales, se ha de tener en cuenta que el apartado 1 del artículo 1 LCGC dispone que "[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".

De este modo, la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

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.

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".

Siendo así las cosas y analizando las condiciones generales sobre elementos esenciales de los contratos, no podemos olvidar que los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado de negociación conlleva -con el correlativo encarecimiento del producto o servicio que al final repercute en el precio que paga el consumidor o usuario-, unido al elevado volumen de operaciones que se realizan en el desarrollo de determinadas actividades negociales, fue determinante de que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITZA

de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, califica como "un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico".

De este modo, el insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados de acuerdo con este modo de contratar, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, declarada en la EM de la LCGC, de restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones ya que "[l]a protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello 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".

Pese a todo, y siguiendo a la Sala, la aplicación de las reglas de reequilibrio contenidas en la LCGC no se extiende a todo tipo de contratos, ya que, como afirma la referida Exposición de Motivos "desde el punto de vista objetivo se excluyen ciertos contratos que por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienación de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley". Pero si se trata de contratos sujetos a la norma especial, a diferencia de otros ordenamientos, no se excluyen aquellas cláusulas o condiciones definitorias del "objeto principal", por lo que no hay base para el planteamiento alternativo que hace la sentencia recurrida.

Así las cosas, en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces "los legítimos intereses económicos de los mismos".

Por otra parte, no hay duda que no puede equipararse el desconocimiento de una cláusula y la imposición de ésta. Y ello porque el empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. De este modo y como con acierto señala el T.S en dicha sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, "tal conocimiento no excluye su naturaleza de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC -"[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes [...]"- como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual: las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo".

De todo lo expuesto sólo es posible concluir que:

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

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

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

Llegados a este punto, se hace preciso analizar la imposición o no de las condiciones generales al consumidor que contrata con la entidad bancaria en el caso que nos ocupa.

Debemos partir de que el artículo 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor "[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

La exégesis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos".

Más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo