



Roj: **SJPI 146/2016 - ECLI:ES:JPI:2016:146**

Id Cendoj: **32054420042016100001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Ourense**

Sección: **4**

Fecha: **30/03/2016**

Nº de Recurso: **684/2015**

Nº de Resolución: **75/2016**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **EVA MARIA MARTINEZ GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI 146/2016,**
SAP OU 52/2017

XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4

OURENSE

SENTENCIA: 00075/2016

-

NUEVO EDIFICIO JUZGADOS (2ª PLANTA), RUA VELÁZQUEZ S/N. OURENSE.

Teléfono: 988687097-988687098

Fax: 988687101

SR N04390

N.I.G. : 32054 42 1 2015 0004448

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000684 /2015

Procedimiento origen: /

Sobre RESOLUCION DE CONTRATO

DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña. Rodrigo , Carla Procurador/a Sr/a. LOURDES LORENZO RIBAGORDA, LOURDES LORENZO RIBAGORDA

Abogado/a Sr/a. PAULA GOMEZ JUSTO, PAULA GOMEZ JUSTO DEMANDADO D/ña. BANCO PASTOR S.A.

Procurador/a Sr/a. MARIA GLORIA SANCHEZ IZQUIERDO Abogado/a Sr/a. ALFONSO SANCHEZ IZQUIERDO

SENTENCIA

En Orense, a 30 de marzo de 2016.

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 684/2015, seguidos ante este Juzgado entre **DOÑA Carla y D. Rodrigo** representada por la Procuradora Sra. Lourdes Lorenzo Ribagorda y asistida por letrada Sra. Paula Gómez Justo contra la entidad **BANCO PASTOR S.A.U.**, representado por Doña Gloria Sánchez Izquierdo y asistida de la letrada Doña María José Cosmea Rodríguez, ha dictado la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por la Procuradora Sra. María José del Río Garriga en nombre y representación de la actora ya referenciada se presentó demanda de juicio ordinario con fecha 31 de julio de 2015 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 Decreto de fecha 15 de septiembre de 2015 se admitió la demanda y 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 21 de octubre de 2015 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 15 de febrero de 2016, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos; y habiendo planteado la parte demandada en su contestación a la demanda 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 su patrocinada y vulnera el art. 24 CE, resolviéndose en la misma Audiencia Previa con base en el art 11.1 LEC siendo recurrida en reposición por la parte demandada con desestimación del mismo, y constando protesta a los efectos de una eventual apelación.

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, habiendo solicitado requerimiento a la parte demandada, cumplimentado éste y tras la presentación de las conclusiones por escrito, quedaron los presentes conclusos para dictar Sentencia en fecha 29 de marzo de 2016.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente caso, la parte actora ejercita acción individual de nulidad de condición general de la contratación y solicita de conformidad con el suplico de la demandada que se declare:

1.- La nulidad de la cláusula limitativa a las variaciones del tipo de interés, 3.3 del préstamo hipotecario de fecha 29 de mayo de 2007, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación del límite del 3'75% y conforme a la fórmula pactada de euribor a 12 meses más 0'75%, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del TRES COMO SETENTA Y CINCO POR CIENTO".

2.- La nulidad de la cláusula limitativa a las variaciones del tipo de interés, 3.3 del préstamo hipotecario de fecha 4 de abril de 2011, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación del límite del 5% y conforme a la fórmula de euribor a 12 meses más 0'75%, y ello dado la solicitud de declaración de nulidad de la cláusula IPH-CONUNTO DE ENTIDADES, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del CINCO POR CIENTO".

3.- La nulidad de la cláusula de establecimiento del índice de referencia IRPH-CONJUNTO DE ENTIDADES, impuesta a los actores y que consta en la estipulación 3.2 de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 4 de abril de 2011, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de dicho índice de referencia, debiendo entenderse en su lugar la fórmula de euribor a 12 meses más 0'75%.

4.- Se condene a la entidad demandada a reintegrar a la actora las cantidades que señala de conformidad con el punto 2º del suplico de la demanda, a determinar en ejecución de sentencia.

5.- Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Por su parte, la entidad bancaria demandada señala que existe litispendencia al existir un procedimiento iniciado a instancias de ADICAE ante el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid. Subsidiariamente para el caso de que dicha excepción no sea estimada se opone invocando improcedencia del pronunciamiento sobre restitución de cantidades, añadiendo que la citada cláusula supera el control de transparencia, por lo dicha cláusula no puede ser abusiva, puesto que fue conocida y expresamente aceptada por los demandantes, además de indicar que la fijación de un suelo es determinante del equilibrio entre las partes. Al tiempo señala que dicha cláusula suelo fue negociada con anterioridad, manifestando los actores su conformidad con la misma ante el fedatario público y ello alegando en prueba de ello el documento 2 y 4 de la demanda

(escritura de préstamo hipotecario de fecha 29 de mayo de 2007 y 4 de abril de 2011 al folio 28 y ss y 51 y ss respectivamente).

De este modo, entiende la entidad bancaria que 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 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. Consideran que dicha cláusula 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 condiciones 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. Igualmente se alega la condición de empresario del actor por lo que está habituado a este tipo de operaciones financieras. Por todo lo anterior 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 debidamente motivada en el acto de la Audiencia Previa que damos aquí por reproducido para no caer en reiteraciones. No obstante, señalar que la desestimación de dicha excepción se basa en síntesis en la no concurrencia de uno de los requisitos indispensables para la apreciación de dicha excepción, y que es la falta de identidad subjetiva pues ha sido acreditado que la acción que concluyó con la sentencia a la que se hace referencia en dichos escritos, no fue interpuesta por los demandantes sino por una asociación de consumidores y usuarios en los términos previstos en el art. 11 de la LEC que establece " **sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados** ", las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios", es decir deja a salvo que cada uno individualmente pueda hacer valer sus derechos, por lo que dicha excepción sólo puede ser desestimada.

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 .

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 los actores y que por ello no pueden ser consideradas abusivas. 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 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 previanegociación 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.

CUARTO.- Sentado lo anterior, ha de reseñar por otra parte y ya en el caso concreto que nos ocupa que de la valoración de los contratos de préstamo hipotecario (escritura de préstamo hipotecario de fecha 29 de mayo de 2007 -doc 2 al folio 28 y ss- y 4 de abril de 2011 -doc 4 y 51 y ss) respecto de los cuales se insta la nulidad de la cláusula PRIMERA, expositivo 3, apartado 3.3 - folio 34 vuelto escritura de 2007- y 60 vuelto escritura de 2011, 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 como un tipo máximo pero a los únicos efectos hipotecarios a la vista del folio 35 y 62 vuelto apartado g respectivamente) de la estipulación, por lo que no contiene efectivamente un límite al alza que pudiera estimarse que compensa la fijación del suelo.

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 3'75% 5'00% u otro porcentaje, no se trata con esta demanda de que se considere abusivo un determinado porcentaje de tipo de interés mínimo, sino que además, estamos ante un contrato que ni tan siquiera tiene establecido un techo en el tipo de interés, dato que deberemos tener también en cuenta a la hora de declarar la nulidad de la cláusula y sus consecuencias jurídicas, pues no contamos ni tan siquiera con una acotación al alza que sirva de límite a las eventuales subidas del tipo de interés.

QUINTO.- 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 así como lo señalado en sentencia de fecha 23 de diciembre de 2015, referida esta última concretamente a la cláusula suelo inserta en los contratos de préstamos hipotecarios suscritos por la entidad BANCO POPULAR, aquí demandada**, 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", ello al margen que sobre ello ninguna prueba a aportado la entidad bancaria pues ni tan siquiera ha traído al procedimiento testifical del empleado de la entidad que tramitó la misma o que la firmó en sede notarial. De este modo y de conformidad con la carga de la prueba que cada parte ha de soportar la entidad bancaria no ha acreditado ni propuesto prueba que así lo indique que dicha cláusula no fue prerredactada por la entidad bancaria o fruto de negociación alguna.

De este modo, tan sólo puede estimarse que estamos ante una cláusula destinada por la entidad 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 "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".

De este modo, la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se 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 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 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 prerrredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predisuestas, 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 que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción *"[a] los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate"* -lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992, en el sentido de que *"[s]e le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva"*. En definitiva, la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

A este respecto, es cierto que, como apunta la citada STS 406/2012, de 18 de junio, debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas, sean condiciones generales - sometidas a la LCGC- o particulares -no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente.

Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre - razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo. Y ello máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un "cliente cautivo" por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con "sus" bancos que minoran su capacidad real de elección. En este punto sólo podemos hacer nuestras las palabras del Pleno del Tribunal Supremo en relación a la prueba de los hechos notorios cuando afirma que "El sistema, ante los insoportables costes que pudiera provocar la desconexión entre la "verdad procesal" y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica *notoria non eget probatione* [el hecho notorio no precisa prueba], a la que se refieren las SSTS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003 ; 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004 , y 706/2010, de 18 de noviembre, RC 886/2007 , dispone en el artículo 281.4 LEC que *"[n]o será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general"* .

La norma no define qué debe entenderse por "notoriedad absoluta y general" y tal requisito ha sido interpretado con cierto rigor - la STS 57/1998, de 4 de febrero; RC 269/1994 , afirma que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso *"[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta"* . Pero es lo cierto que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento "general y absoluto" por todos los miembros de la comunidad.

Por ello, se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho -límite temporal-, entre los ciudadanos medios, miembros la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan -ámbito de la difusión del conocimiento-, en la que se desarrolla el litigio -límite espacial-, con la lógica consecuencia de que en tal caso, como sostiene la STS 62/2009, de 11 de febrero, RC 1528/2003 , quedan exentos de prueba".

A este respecto, afirma que "es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a que alude artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno que una de las recurridas describe como "take it or leave it" -lo tomas o lo dejas-.

Entre ellos, como se ha indicado, se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados -el IC 2000 afirma que *"[...] los servicios financieros son grandes«consumidores» de cláusulas contractuales"* , y, de hecho, la citada OM de 1994 parte de que el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predisuestas e impuestas. De ahí que imponga determinados deberes de información a los prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura.

Más aún, el IC 2000, precisa que *"[e]s ilusorio pensar que los contratos de consumo de masa puedan contener verdaderamente cláusulas negociadas individualmente que no sean las relativas a las características del producto (color, modelo, etc.), al precio o a la fecha de entrega del bien o de prestación del servicio, cláusulas todas con respecto a las cuales raramente se plantean cuestiones sobre su posible carácter abusivo."*

En idéntico sentido el IBE afirma de forma expresiva en el apartado 3.1. -utilización de cláusulas limitativas a la variación- lo siguiente: *"[u]n análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente [...] En definitiva, la aplicación de estas cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad"*.

Sentado lo anterior se ha de tener en cuenta lo señalado en relación a la carga de la prueba de la negociación de las cláusulas predispuestas por la STS de 9 de mayo de 2013 cuando afirma que *"aunque la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que "[e]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"* -a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE *"[e]l profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba"*- en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla. Así lo evidencia la génesis de la norma. El apartado 3 del artículo 1 del Proyecto de LCGC coincidía literalmente con la previsión transcrita. El apartado fue suprimido del texto aprobado por la Comisión de Justicia e Interior con Competencia Legislativa Plena y por el procedimiento de urgencia, al asumir el informe emitido por la Ponencia que propuso la incorporación de las enmiendas 17 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y 77 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), ambas de supresión, que, en términos prácticamente idénticos, justificaron la supresión en que tal regla, según la cual la empresa que afirme que una cláusula ha sido objeto de negociación individual asume la carga de la prueba. Ya aparecía en el propio Proyecto como parte del nuevo artículo 10 bis de la Ley 26/1984, lo que constituía *"una regla aceptable en la relación empresa- consumidor, supuesto que quedaría cubierto con este artículo 10 bis, pero que no se justifica en el caso de contratación entre empresas o profesionales"*, ya que la regla derivaba de la Directiva 93/13/CEE y el ámbito de esta se circunscribía a los contratos con consumidores".

De este modo, *"si bien cuando se trata de la acción de cesación no es posible la aplicación directa del artículo 82.2 TRLCU -ya que no existe un consumidor concreto con el que se haya negociado o al que se haya impuesto la condición general-, demostrado que determinadas cláusulas se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individualizada, se permite tener por acreditado que las cláusulas impugnadas tienen la consideración de cláusulas destinadas a ser impuestas, de tal forma que, en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente. Y esta regla no hay que olvidar que se reitera en el artículo 32 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de octubre de 2008 sobre derechos de los consumidores dispone que "[s]i el comerciante afirma que una cláusula contractual se ha negociado individualmente, asumirá la carga de la prueba"*.

Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo - la ausencia de negociación -, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, RC 93 / 2009, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva.

Igualmente, **señala el TS en sentencia de fecha 23 de diciembre de 2015** en relación a la cláusula suelo del Banco Popular expresamente que *"la cláusula recibe asimismo un tratamiento impropriadamente secundario de modo que el consumidor no percibirá su verdadera relevancia"*, añadiendo que coinciden *"en que la cláusula suelo utilizada por el Banco Popular es más clara gramaticalmente en cuanto a su formulación que la utilizada por otras entidades, (...) Pero no se trata de enjuiciar aisladamente la conclusión final que establece el suelo en*

el 4'50%, sino que tal corolario ha de relacionarse con todos los demás epígrafes del propio contrato relativos al cálculo y determinación del interés variable aplicable. Además, como también indica la resolución, queda envuelta entre un cúmulo de estipulaciones, menciones y datos, dificultando la comprensión efectiva de la realidad resultante, que no es otra que lo efectivamente contrato no era un contrato de préstamo a interés variable, sin un contrato a interés fijo (el 4'50%) únicamente variable al alza. Es decir, enmascarando que el consumidor no podría beneficiarse de las fluctuaciones a la baja del mercado de tipos de interés por debajo de dicho porcentaje, sino únicamente verse afectado por las oscilaciones al alza".

Por todo lo anterior, sólo cabe concluir que:

a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar como aquí ha sucedido. Además, caso de haberse entregado oferta vinculante, ésta debería constar firmada en el expediente y ello cuando, no consta dicha oferta vinculante ni en el presente procedimiento ni unida a la escritura otorgada en su día ante notario, por lo que solo puede estimarse que no existió, máxime teniendo en cuenta la carga de la prueba que cada parte ha de soportar en la presente litis.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

A ello se ha de añadir que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que *"comporta en la actualidad un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico"*. De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que *"la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad"*.

Así las cosas, se verifica la existencia de un *deber* de información que se extiende a una fase precontractual para asegurar en los términos que expone la propia Orden Ministerial anteriormente señalada una mayor capacidad de elección por parte del consumidor. Sin embargo ello no implica que en ejecución de las obligaciones formales establecidas en la OM se despliegue una verdadera fase de negociación entre entidad financiera y consumidor tendente a la inclusión o no de determinadas cláusulas, salvo supuestos excepcionales determinados por el perfil de cliente. Es más, tal como resulta de la propia orden las cláusulas del tenor de la aquí examinada son prerredactadas en todo caso por la entidad financiera que posteriormente la incorpora primero a la oferta vinculante a la que se refiere el art 5 y posteriormente a la escritura del préstamo, cuyo contenido presume la norma ha de coincidir con la oferta vinculante hasta el punto de imponer el art 7 la obligación de informar al cliente de cualquier divergencia entre uno y otro documento, en lo afectante a las cláusulas financieras. Desprendiéndose de la propia norma que estamos ante cláusulas prerredactadas corresponde al predisponente acreditar que la cláusula ha sido objeto de negociación individual y desde luego de la aplicación de la OM se llega a la conclusión contraria, pues como señalaba en su supuesto semejante la Sentencia del juzgado Mercantil de León de 11 de Marzo de 2011, precisamente presupone que las citadas son redactadas previamente por la propia entidad financiera. Es más, no está de más recordar que la OM 1994 también se refiere a las cláusulas de redondeo, respecto de las que el tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones considerando que se trataría de una condición general de la contratación (por todas Sentencias de 20 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011).

En el hecho controvertido en este procedimiento, se estima acreditado efectivamente la existencia de un contrato de préstamo hipotecario en el que no se establecen cláusulas de limitación de la variación del interés pues fija límites mínimos muy similares y máximos idénticos, hecho solo puede permitir considerar que la cláusula contenida en la condición PRIMERA, apartado 3, estipulación 3.3 de cada uno de los préstamos

hipotecarios objeto de impugnación . Ha sido incorporada a una pluralidad indeterminada de contratos, suficiente para considerar que nos encontramos ante una condición general de la contratación .

Y ello aunque la entidad bancaria sostenga que, incluso si las cláusulas controvertidas se califican como condiciones generales de la contratación no deben someterse a la LCGC, y ello porque las denominadas cláusulas "suelo" de los préstamos hipotecarios están admitidas y reguladas expresamente en las siguientes disposiciones legales:

a) la OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, modificada por la OM de 12 de junio de 2010, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, dictada en desarrollo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, y conforme a su habilitación;

b) la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, modificada por las OO.MM. de 27 de octubre de 1995, de 1 de diciembre de 1999 y de 28 de octubre de 2011 -esta última, posterior a la fecha de la sentencia recurrida-;

c) la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares.

d) Además, en el ámbito europeo, la propuesta de Directiva n° 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial, admite la legalidad y validez de cualquier modalidad de este tipo de cláusulas.

Siendo así las cosas, se evidencia la existencia de un control en esta materia, pues uno de los principios constitucionales rectores de la política social y económica, a tenor del artículo 51 de la Constitución Española , es la tutela de los legítimos intereses económicos de los consumidores, lo que es determinante de que el Ordenamiento desarrolle una pluralidad de normas que convergen en el intento de garantizar la existencia de mecanismos y procedimientos a tal fin (en este sentido STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, RC 1762/2010). Por esta razón, y como bien señala el T.S en determinados supuestos el sistema impone un concreto clausulado uniforme e imperativo que facilita al consumidor la decisión reflexiva de sus comportamientos económicos, lo que se revela especialmente necesario en aquellos en los que la complejidad de los contratos y la identificación de las variables que inciden en el mismo pueden dificultar la comparación de las ofertas existentes en el mercado.

En tales casos, desde la perspectiva del Derecho nacional, con independencia de la discutible "contractualidad" de las condiciones cuando su incorporación al contrato no se impone por una de las partes, sino por una disposición legal o administrativa de carácter general, es lo cierto que el artículo 4.2 LCGC dispone que "[l]a presente Ley no se aplicará [...]. Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que [...] vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes". De este modo, cuando se trata de condiciones generales utilizadas en contratos con consumidores, el considerando decimotercero de la Directiva 93/13 indica que "[...] se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión « disposiciones legales o reglamentarias imperativas » que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo" . A su vez el apartado 2 del artículo 1, dispone que "[l]as cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...] no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".

Pero es que a mayores, las reglas transcritas en el anterior apartado han sido interpretadas por el IC 2000 en el sentido de que la expresión "disposiciones legales o reglamentarias imperativas" se refiere a las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo (considerando n° 13) ya que "[e]n el espíritu de la Directiva, se considera asimismo que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas y que, por consiguiente, pueden excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva a condición de que los Estados miembros velen por que en ellas no figuren dichas cláusulas (considerando n° 14).

También la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11 , apartado 25 afirma que: "[...] tal como se desprende del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no están sujetas a las disposiciones de la misma", lo que según el apartado

26 "[...] se extiende a las cláusulas que reflejan las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no llegan a un acuerdo diferente al respecto", ya que,

a tenor del apartado 28 "[t]al como defiende la Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en los casos contemplados en los apartados 26 y 27 de la presente sentencia, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos".

Pues bien, no es este el caso de las "cláusulas suelo", ya que la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato.

En este sentido, la STS 75/2011, de 2 de marzo, RC 33/2003, declara que la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone, como ya hemos indicado anteriormente, el artículo 2.2 de la propia OM, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería, afirma la expresada STS 75/2011, de 2 de marzo, "una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedar limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor".

Así las cosas, sólo puede afirmarse la 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".

SEXTO.- NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR FALTA DE TRANSPARENCIA.

El supuesto de hecho sometido a juicio en este caso es similar como ya hemos indicado al resuelto por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 y STS 23 de diciembre de 2015 (en este último caso, en relación al Banco Popular) donde fue analizada la validez de las cláusulas suelo/techo incluidas en los contratos de préstamo a la luz de las normas nacionales y comunitarias que protegen al consumidor (Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley de Consumidores y Usuarios, Directiva 93/13, SSTJUE de 14.06.12 y 21.03.13). El Pleno del Alto Tribunal en aquel asunto (AUSBANC vs. BBVA, CAJAS RURALES UNIDAS y NCG Banco) declaró "la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores...por: a) la creación de la **apariencia de un contrato de préstamo a interés variable** en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero; B) la **falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato**; c) la creación de la **apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo** (se insertan de forma conjunta la cláusula suelo con la techo como aparente contraprestación de las mismas); d) su **ubicación entre una abrumadora cantidad de datos** entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor (...); e) la **ausencia de simulaciones de escenarios diversos**, relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; f) **inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad**" (apartado 7º del fallo).

De este modo, para la adecuada resolución del pleito deberá aplicarse la doctrina jurisprudencial citada y valorarse si, en este caso, concurren las circunstancias que indican la **falta de transparencia** de la cláusula suelo discutida, sin que sea necesario para declarar la nulidad, que se den todas a la vez, sino solo alguna de ellas, siempre que sea de tal intensidad que la justifique, por falta de claridad (o transparencia). (En palabras del TS: "las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas" y que "no se trata de una relación exhaustiva" ni tampoco debe concluirse que "la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula", para anularla. Auto de aclaración de 03/06/13).

En el presente caso, las pruebas practicadas y de acuerdo con lo señalado en los Fundamentos de Derecho anteriores, se demuestra la concurrencia todas estas circunstancias, por lo que debe anularse la cláusula suelo insertada en el contrato objeto del litigio por:

A) apariencia de un contrato a interés variable : la cláusula PRIMERA, apartado tercero, estipulación 3.3. de sendos préstamos hipotecarios de fecha 29 de mayo de 2007 y de 4 de abril de 2011.

B) Falta de información suficiente de que se trata de elemento definitorio del contrato : el suelo se incluye en la cláusula PRIMERA apartado tercero, estipulación 3.3. tras las extensas cláusulas donde constan las bonificaciones al diferencial; así, parece que los intereses, elemento "definitorio del contrato", ya estaban concretados antes de llegar al punto en el que verdaderamente se concretan fijando un mínimo. O, al menos, no se da la "suficiente" relevancia al mínimo fijado (por ejemplo situando la cláusula suelo al principio de la regulación de los intereses).

C) Ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada . Ya se ha dicho: para llegar a la cláusula suelo deben leerse varias páginas de la escritura pública relativas a los intereses del préstamo, en las que se incluyen porcentajes, índices de referencia, publicaciones oficiales y normativa bancaria.

D) Ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés : no se ha acreditado de ninguna forma que el cliente haya tenido a su disposición una simulación de la carga económica del contrato aplicando la cláusula suelo; dice la entidad que "se le hicieron simulaciones", pero ni consta en qué términos ni las hipótesis tenidas en cuenta, ni la recepción por el consumidor.

E) Inexistencia de Oferta vinculante entregada a los actores.

F) Inexistencia de la advertencia del coste comparativo con otros productos que no incluyeran la cláusula suelo, y ello porque el empleado de la entidad reconoció que la entidad la pauta para las hipotecas, sin tener capacidad para negociar sin suelo.

De este modo, la falta de transparencia es determinante de abusividad y por ende de nulidad de la cláusula, no del contrato.

La cláusula suelo no transparente del caso es nula sin posibilidad -se señala expresamente- de que el Juez efectúe una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario (STJUE 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito).

SÉPTIMO.- LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS EN VIRTUD DE LA CLÁUSULA QUE SE ANULA.

Se solicita, además por el demandante, la restitución del importe percibido de más por la entidad bancaria, cantidad a determinar en ejecución de sentencia sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula fijada cuya vigencia se mantiene hasta la presente sentencia y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo (caso de la escritura de fecha 29 de mayo de 2007 del 3'75% y caso de la escritura de fecha 4 de abril de 2011 del 5%) conforme a la fórmula euribor a doce meses más 0'75%, debiendo recalcular y rehacer los cuadros de amortización, excluyendo dicha estipulación, y ello hasta su completa eliminación así como los intereses legales.

Frente a esta pretensión la parte demandada alegó el criterio seguido por la STS de fecha 9 de mayo de 2013 en relación a la no retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la citada cláusula.

A este respecto se ha de señalar que como bien señala la sentencia de la Ilma Audiencia Provincial de Jaén de fecha 27 de marzo de 2014 (rollo de apelación nº 201/2014), Fundamento de Derecho Segundo, "Las Audiencias Provinciales han adoptado soluciones divergentes sobre este extremo, tras la citada sentencia del Tribunal Supremo", existiendo dos posiciones claramente divergentes en la que podemos insertar el criterio mantenido por nuestra Audiencia basado en la aplicación del art. 1.6 del Código Civil reproduciendo los argumentos de la Sala.

Pues bien, antes de entrar a resolver sobre la posible retroactividad aquí solicitada, debemos señalar en relación al art. 1.6 del Código Civil que, el hecho de que el TS se pronuncie sobre un aspecto jurídico determinado, no impide a nadie el acudir a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses legítimos, sin perjuicio de que su acción pueda o no prosperar en función del criterio de los Juzgados y Tribunales, que pueden o no seguir los criterios jurisprudenciales, pues *de conformidad a lo dispuesto tanto en el art. 117. 1 de nuestra Carta Magna como en el art. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Jueces y Tribunales están sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley* . En este sentido, debemos señalar que si bien nuestro CC establece en su art. 1.6 que *"La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho"* , esa vinculación no es rígida o formal, en el sentido de que no pueda nadie apartarse de lo dispuesto por el TS, sino que es una vinculación derivada del enorme prestigio de Nuestro Alto

Tribunal, y de que el hecho de no seguir sus opiniones supondría que finalmente la sentencia que se dictase en instancias superiores supondría la revocación de las dictadas en primera instancia.

Es decir, interpuesta la acción se valorará la normativa aplicable y en función de ello se fallará. Asimismo se podrá tener en cuenta el criterio mantenido por la Instancia Superior a fin de evitar que la sentencia sea revocada, *pero nada impide* que el Juzgador de Instancia pueda fallar conforme a su criterio y siempre aplicando la ley a la que está *sometido*. Además, lo que en ningún caso procedería es no entrar a valorar el fondo de la cuestión sobreseyendo el procedimiento *in limine litis* so pretexto del criterio mantenido por la Instancia Superior, pues ello supondría tanto como vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, y privaría igualmente a los órganos jurisdiccionales encargados de la apelación, o en su caso al TS, de la posibilidad de variar sus criterios, viéndose obligados a continuar diciendo siempre lo mismo, a pesar de que son muchos los casos en que la jurisprudencia modifica sus criterios en base a nuevos argumentos ofrecidos por los solicitantes de la tutela *judicia* l. Así, el cambio de criterio jurisprudencial está permitido por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siempre que no sea arbitrario y esté motivado (SSTC 200/90, de 10 de diciembre -EDJ1990/11258 -, 221/91, de 25 de noviembre -EDJ1991/11196 -, 126/92, de 28 de septiembre -EDJ1992/9313 -, 207/92, de 30 de noviembre -EDJ1992/11827 -, 90/93, de 15 de marzo -EDJ1993/2594 -, 160/93, de 17 de mayo -EDJ1993/4617 -, 192/94, de 23 de julio -EDJ1994/5581-). De este modo y como señala el propio Tribunal Supremo en sentencia de fecha 10 de mayo de 2003, se permite la evolución de una jurisprudencia innovadora, coherente y responsable, desarrollada en el marco de la legalidad y dirigida a la búsqueda de la uniformidad".

En este punto debemos añadir que el **TS en sentencia defecha 25 de marzo de 2015 (sentencia 139/2015)** señala expresamente que en su parte dispositiva que "Se fija como doctrina: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada *cláusula suelo* inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

Ahora bien, en la misma resolución consta *volta* particular que compartimos (emitido por D. **Francisco Javier Orduña Moreno y D. Xavier OCallaghan Muñoz**) y que en relación a ello señalan con acierto en el Fundamento de Derecho Octavo del mismo tras los argumentos que señalan que "... el recurso de casación debió ser igualmente desestimado, con la consiguiente confirmación tanto de la declaración de abusividad por falta de transparencia real de las cláusulas objeto de examen, *comodel pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde laperfección o celebración del contrato, dado que la nulidad depleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carenciade título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente*".

Por si todo lo anterior no fuera suficiente, a la fecha de dictarla presente sentencia ya contamos con el **Informe emitido por la Comisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictado en fecha 24 de septiembre de 2015** en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo mercantil de Granada y que es contundente cuando señala que " *el cese en el uso de una determinada cláusula declarada nula por abusiva, de conformidad con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, como consecuencia de una acción individual ejercitada por un consumidor no es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad, salvo que dicha limitación sea necesaria para preservar el principio de cosa juzgada* ".

Sin necesidad de entrar en más consideraciones, solo podemos estimar tal pretensión, puesto que, tal y como ha sido formulada, cumple las exigencias del art. 219.1 LEC. Y ello, porque conforme a dicho precepto, " *cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada [...], no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética* ". En consonancia con ello prevé el apartado 3 del mismo artículo que " *no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades* ". En el presente caso, siendo declara nula la cláusula, sólo puede estimarse la necesidad de reintegrar las cantidades cobradas en virtud de la referida clausula, debiendo recalcular y rehacer los cuadros de amortización excluyendo la cláusula suelo.

Ahora bien, estando al *petitum* de la demanda, a éste debemos ajustarnos, por lo que procede estimar la demanda en los términos señalados, debiendo la entidad demandada devolver las cantidades indebidamente

percibidas en virtud de las cláusulas declaradas nulas, cantidad a determinar en ejecución de sentencia sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula fijada cuya vigencia se mantiene hasta la presente sentencia y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo (caso de la escritura de fecha 29 de mayo de 2007 del 3'75% y caso de la escritura de fecha 4 de abril de 2011 del 5%) conforme a la fórmula euribor a doce meses más 0'75% (respecto de la segunda escritura de 2011 teniendo en cuenta lo acordado en el Fundamento de Derecho Octavo, Noveno y Décimo de la presente resolución), debiendo recalcular y rehacer los cuadros de amortización, excluyendo dicha estipulación, y ello hasta su completa eliminación así como los intereses legales.

OCTAVO.- NULIDAD DE LA ESTIPULACIÓN ÍNDICE IRPH-CONJUNTO DE ENTIDADES.

Se solicita igualmente por la parte actora la declaración de nulidad del índice IRPH-CONJUNTO DE ENTIDADES que consta en la estipulación 3.2 de la cláusula financiera del contrato de préstamo hipotecario suscrito en fecha 4 de abril de 2011 cuya redacción es la siguiente:

"Variación al tipo de interés inicial:

3º apartado 2.1: "A estos efectos se establece como tipo de interés de referencia el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito "

3º apartado 2.2 "aunque el tipo de interés de referencia corresponda a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la del préstamo objeto de este contrato, no se efectuará ningún ajuste o conversión en el tipo de interés de referencia antes de calcular el tipo de interés aplicable".

Se invoca por la parte actora que estamos nuevamente ante una condición general de la contratación, negando la parte demandada dicho extremo y por ende, estimando que el análisis de su abusividad no se somete a lo dispuesto a la LCGC o al TRLGDCU y ello porque no cumple los requisitos exigidos de ser predispuesta, impuesta y tener la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos tal y como establece el art. 1 LCGC. Considera la demandada que el IRPH es uno de los índices oficiales que regulaba la Circular 8/1990, de 7 de septiembre del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, vigente al suscribirse el contrato con la actora. Defiende su validez porque se basa, a diferencia de otros índices, en datos reales de préstamos efectivamente concedidos, por lo que entiende infundadas las alegaciones sobre su carácter manipulable. Añade que la razón de que se haya producido su finalización es la desaparición de las Cajas de Ahorros, transformadas en bancos, no a su carácter manipulable, siendo sustituido por el IRPH conjunto de entidades en virtud de la DA. 5ª.3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Añade que la Orden Ministerial 2899/2011 dispuso el modo en que los índices iban a ir adaptándose y su plazo transitorio, así como la opinión del Banco de España en su memoria de 2012, una parte de la cual acompaña como documento justificativo de su validez. De todo lo cual concluye que nada de lo pactado es contrario a derecho ni abusivo, que el citado índice no puede ser objeto de control por tratarse de parte del precio y estar excluido por lo disciplinado en el decimonoveno considerando y art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE

Con carácter previo a entrar en el análisis de la abusividad, debemos resaltar que el considerando duodécimo de la Directiva 93/13 dice "Considerado no obstante que, en el estado actual de las legislaciones nacionales, sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la ... Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la ... Directiva".

Y el considerando decimonoveno dice: "Considerando que, a los efectos de la... 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...".

En correspondencia con tales considerandos el art. 4.2 de la Directiva 93/13 dice "La 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".

Como se aprecia, la Directiva establece unos mínimos para armonizar las distintas legislaciones nacionales, pero expresamente indica en el considerando duodécimo que "...es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la... Directiva". Sobre este particular ha dicho la STJUE 3 junio 2010, C-484/08, caso Caja Madrid (que declaró nula la cláusula de redondeo por considerarla abusiva al no existir reciprocidad), que el Reino de España no incorporó e) art 4.2 de la Directiva a nuestra Ley 7/1998, de

13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (§ 9). Añade (§ 28) que la Directiva "... sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, si bien reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada que la prevista por la Directiva", Y el § 32 dice: "Se desprende por tanto del propio tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva, como ha señalado la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, que no puede considerarse que esta disposición defina el ámbito de aplicación material de la Directiva. Por el contrario, las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible".

Tras ese razonamiento la *STJUE 3 junio 2010, caso Caja Madrid*, concluye (§ 35): "De ello se sigue que las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, en consecuencia, el artículo 8 de ésta también se aplica a dicho artículo 4, apartado 2". Y en el apartado 1 del fallo "Los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

En las conclusiones del Abogado General, Sr. Nils Walsh, presentadas el 12 febrero 2014, caso *Árpad Kásler*, C-26/13, vuelve a analizar el art. 4.2 de la mencionada Directiva y en su § 35 dice que "... resulta sorprendente que la Directiva 93/23, cuyo principal objetivo es proteger al consumidor, excluya al mismo tiempo que pueda apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente y que se sitúan en el propio núcleo del contrato. Esto explica ciertamente que determinados Estados miembros hayan elegido ampliar el nivel de protección otorgado por la Directiva 93/13, no incorporando la limitación derivada del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, en sus normas de transposición". Aludiendo directamente a nuestro ordenamiento jurídico el § 37 dice "El Tribunal de Justicia puso parcialmente esta paradoja en la sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, antes citada, que aportó precisiones significativas con respecto al papel que desempeña el artículo 4, apartado 2, en el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13".

Cuando se resuelve dicho asunto la *STJUE 30 abril 2004, C-26/13, caso Arpad Kásler*, entiende que es posible que las cláusulas contempladas en su art. 4.2., puede ser analizadas, máxime cuando España no ha incorporado tal apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución.

Además tal tesis se mantiene por nuestra jurisprudencia en *STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007* y *29 diciembre 2010, rec. 1074/2007*, cuando declaran nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", y la *STS 2 marzo 2011, rec. 33/2003*, que citando las anteriores, expresa en su FJ 3º: "La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en los artículo 8.2 de la ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 -C 484/08- ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible". En el mismo sentido, la *STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, § 188* que indica: "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".

Como se aprecia, el máximo intérprete de la *Directiva 93/13*, que es el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, considera que las cláusulas contempladas en el art. 4.2 de la misma, pueden ser analizadas por los tribunales españoles. España, además, no ha incorporado tal apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución.

En cuanto a la jurisprudencia, habrá que precisar que nuestro Tribunal Supremo ha dictado pronunciamientos de lo más diverso, puede recordarse lo que ha dicho la *STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007* y *29 diciembre 2010, rec. 1074/2007*, cuando declaran nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", o la *STS 2 marzo 2011, rec. 33/2003*, citando las anteriores, que en su FJ 3º asegura: "La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en los artículos 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente Caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 -C 484/08- ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible". Como se aprecia, el Tribunal Supremo admite en estas sentencias el control que la entidad demandada sostiene imposible con arreglo a la Directiva.

De cualquier forma, una cosa es que los tribunales no estén para evaluar si el precio convenido fue alto o bajo, o la calidad mucha o poca, y otra diferente, constatar elementales principios del derecho de la contratación, como el justo equilibrio de las prestaciones, o el respeto a normas imperativas en ámbitos especialmente protegidos, como es el caso de la contratación bancaria, muy en particular cuando se refiere a la adquisición de vivienda destinada a hogar familiar. No inmiscuirse en el precio convenido es una cosa, y asegurar el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico, en particular cuando se trata de tutelar los derechos del cliente bancario y de los consumidores, otra bien diferente, y esta última función corresponde sin duda a los tribunales.

Finalmente, cuando el art. 4.2 de la Directiva habla de la "definición del objeto principal del contrato" debe entenderse se refiere a aquellos elementos que esencialmente lo caracterizan. Nos encontramos ante un contrato de préstamo, que en nuestro ordenamiento jurídico es naturalmente gratuito, como rotundamente dispone el art. 1755 CCv, que establece "no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado". Un contrato de préstamo, aunque cuente con garantía hipotecaria, puede existir sin pacto de remuneración mediante intereses. Es decir, que según nuestro Código Civil ni el interés puede ser causa, ni el objeto principal del contrato desaparece aunque no haya pacto de interés.

El pacto de interés es accesorio, no esencial, puesto que hay préstamo aunque no haya pacto de interés. De modo que no puede considerarse que el "objeto principal del contrato" pueda verse afectado por este pronunciamiento judicial, porque si no hubieran convenido las partes interés variable referenciado al IRPH Entidades, seguiría habiendo préstamo, reconocible sin tal previsión. Al ser prescindible, no se altera la esencia de lo convenido en un contrato de préstamo, que es la devolución del tantumdem, es decir, "otro tanto de la misma especie y calidad", que menciona el art. 1753 CCv cuando define el simple préstamo.

La propia *STS 9 mayo 2013, rec. 485/201* .2 lo entiende así en su § 188 cuando explica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" ya "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". En definitiva, al analizar el interés de un préstamo no se entra en el objeto principal, sino en una cláusula que pese a lo frecuente sigue siendo accesorio en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado.

Es por ello, que no cabe sino concluir, que la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario resulta susceptible de análisis y control de abusividad.

NOVENO.- Análisis y control de la abusividad de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario de 4 de abril de 2011 relativa al interés variable e IRPH.

Despejadas las anteriores cuestiones, la médula de la cuestión litigiosa es si la utilización del índice IRPH Entidades en este contrato se somete a las exigencias que disponen las normas nacionales que transponen la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Los demandantes consideran que no se han respetado, porque se asegura impuesto a los prestatarios, por la capacidad de una dejas partes de influir en su conformación a diferencia de otros tipos oficiales en el momento de la contratación, por la protección que merecen los prestatarios en tanto que consumidores, por falta de negociación individual de esta cláusula, y por falta de transparencia.

Debe analizarse en primer lugar si el referido índice IRPH es un índice manipulable por una de las partes.

El índice IRPH se conforma con una decisiva participación de la parte demandada. El dato es admitido por la demandada aunque sostenga que no es manipulable por ser un índice oficial. Lo es sin duda, y corresponde su determinación al Banco de España. Cuanto se indica profusamente en la contestación no es óbice, sin embargo, para que pueda analizarse si; cabe su manipulación. Y admitido que las entidades son las que facilitan los datos para que se elabore, cabe concluir que la concreción de la cuantía del índice se verifica con datos que facilitan tales entidades respecto a los préstamos que conceden. Si conceden más préstamos a un interés superior, éste se eleva. Si conceden más a precio inferior, disminuye.

En mayor o menor medida, por lo tanto, la entidad demandada influye en el importe del índice que se utiliza. Además ante la progresiva disminución del número de cajas, esa influencia ha ido creciendo. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el art. 1256 CCv que dispone " *La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes* ". Por eso algún fundamento tiene el reproche que se hace en la demanda porque, apartando por peyorativo el término "manipulable", en tanto que una de las partes, el prestamista, tiene la posibilidad de influir en el importe del índice tomado como referencia por el préstamo suscrito entre los litigantes.

El dato tiene relevancia porque no hay constancia en la escritura de *constitución del préstamo de que advierta de algo semejante, o que se explique, al menos, el modo en que se determina la cuantía del IRPH, disciplinadas en normas de rango reglamentario y por lo tanto de muy complicado conocimiento, y no afectadas por la previsión del art. 6.1 CCv*, Al margen de que el índice se publique por el Banco de España, conocer esa circunstancia; es decir, la posibilidad de que una decisión comercial del prestamista pueda influir directamente, y en medida relevante dado el escaso número de cajas, en el importe del índice de referencia, podría haber pesado en la decisión de los contratantes de elegir uno de los siete tipos oficiales que existían al tiempo de constituirse el préstamo con garantía hipotecaria.

Ese dato permite conectar con otra de las alegaciones que se hacen en la demanda, que es la falta de transparencia. Dicen los demandantes que no se respetaron las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. El préstamo se toma el 13 de Julio de 2000, bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. En desarrollo de la DA 2ª de esa orden se dicta la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE 3 agosto 1994), que prevé el IRPH Entidades como uno de los índices oficiales a los que se refiere la orden.

La Orden de 5 de mayo de 1994 dispone en su art. 6.2 que "en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades". Es decir, la norma que habilita en su DA 2ª que el IRPH Entidades pudiera ser utilizado como índice oficial advierte que no debiera ser susceptible de influencia por la propia entidad de crédito, o por varias de ellas concertadas. En idéntico sentido, la Circular 8/1990 modificada por la Circular 5/1994, del Banco de España, en el apartado 7 de su norma 6ª.

La entidad demandada admite que el índice se elabora con los datos que ella misma, y otras cajas, facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es influenciado. En consecuencia, el IRPH Entidades, partiendo del propio reconocimiento de la parte demandada respecto al modo en que se determina su cuantía, supone vulnerar normas administrativas como las citadas, el art. 1256 CCv, y el art. 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos ó créditos hipotecarios y de servicios

de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, lo que en aplicación del art. 6.3 CCv acarrearía su nulidad, como ha reiterado la jurisprudencia (STS 30 noviembre de 2006, rec.5670/2000 , 31 octubre 2007, rec. 3948/2000 , 10 octubre 2008, rec. 5707/2000 , 19 noviembre 2008, rec 1709/2003 , 9 diciembre de 2009, rec. 407/2006 , 22 diciembre 2009, rec. 407/2006 , 11 junio 2010, rec. 1331/2006 , 7 octubre 2011, rec. 504/2008 , 30 octubre 2013 , rec. 1899/2011).

Además la parte demandante ostenta la condición de consumidor, y adquiere con el préstamo con garantía hipotecaria su vivienda habitual. Está amparado, en consecuencia, por las previsiones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), vigente al tiempo de suscribirse el contrato, cuyas previsiones contiene hoy el RDL 1/2007.

El art. 2.1 de tal norma establecía que era derecho básico de los Consumidores y usuarios, en su apartado b), la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a prácticas comerciales y cláusulas abusivas, y en su apartado d), el derecho a información correcta sobre los diferentes bienes y servicios. El art. 10 LGDCU en la redacción vigente al tiempo de firmarse el préstamo disponía que la presentación de los bienes y servicios debe ser de tal naturaleza que no induzcan a error al consumidor. A su vez el art. 13.1.d LGDCU decía que debe facilitarse información sobre "las condiciones esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y la información sobre el precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares".

Acreditado que la cláusula contractual en litigio es una condición general de la contratación deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente del significado jurídico y económico que para él podía derivarse de la inclusión de la cláusula en el contrato. Recuérdese el especial deber de información que debe adornar la contratación bancaria y la actuación de las entidades financieras en general, en el sentido de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, por la especial complejidad del sector financiero y la contratación en masa, pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación.

El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que "[...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]", y el artículo 5 dispone que "[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible".

Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[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". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, 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.

En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.



En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".

Sentado lo anterior cabe concluir:

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.

En el caso analizado se constata la vulneración de tales previsiones, puesto que no consta facilitada a los prestatarios la información precisa para conocer la influencia que tenía la prestamista sobre la conformación del índice de referencia del interés variable que iba a aplicarse a partir del segundo año de eficacia del contrato, teniendo en cuenta, además, que su duración era muy extensa, treinta y tres años, de modo que eran datos decisivos. La información precontractual ni siquiera consta, pues no se ha hecho ninguna alegación al respecto. Aunque se alega que se ha negociado, tal alegación precisa prueba, que conforme al tercer párrafo del art. 10 bis 1 LGDCU, compete al predisponente.

No ha acreditado la parte demandada que los consumidores que suscribieron la escritura de préstamo hipotecario de

4 de abril de 2011 y por ende de la cláusula impugnada, recibiesen oferta vinculante. Tampoco se aporta documental alguna que acredite que se les facilitó a los consumidores diferentes simulaciones o escenarios respecto al tipo de interés que se insertaba en dicha cláusula ni que se realizase comparativa alguna respecto al funcionamiento o repercusión económica de otros tipos de interés alternativos.

No consta la aportación de información suficiente a los demandantes ni de prueba alguna que certifique el ofrecimiento de alternativas en cuanto al tipo de interés, comparativas o información o análisis detallado del funcionamiento de la cláusula insertada en el contrato y prerredactada por la entidad financiera.

No se ha probado, en ninguno de los casos, por la entidad demandada, que la misma haya cumplido con su deber de transparencia en los términos definidos por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia citada de 9 de mayo (con su aclaración de 3 de junio).

La trascendencia de la falta de información viene acrecentada, por el hecho de que la aplicación del índice IRPH resulta más gravosa para el consumidor o cliente que la aplicación de un tipo como el Euribor. Por otra parte, debe destacarse que el que la cláusula resulte clara a la hora de leerla, no implica que el consumidor haya comprendido, por la información que le facilita el banco, cómo jugará la citada estipulación en la vida del contrato.

A ello no obsta la intervención de Notario. Dice, a tal respecto, la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Santander de 18 de octubre de 2013* que " Respecto de esa intervención del fedatario público, no considero que acredite suficientemente y en sí misma una información adecuada y relevante en los términos que más adelante se desarrollarán, respecto de la carga jurídica y económica del contrato, el reparto de riesgos y la verdadera naturaleza como préstamo a interés no variable (que el TS concreta en un elenco de circunstancias de cierta amplitud), además de que no resulta del contenido de la propia escritura pública la información que respecto de los mínimos de la cuota y tipo se manifiestan. Dificilmente cabría otorgar a esta intervención virtualidad per se (son múltiples los factores a tener en cuenta como se verá) para superar el control de transparencia al que más adelante aludiremos considerando que hubiera servido para informar adecuadamente del reparto de riesgos, la carga jurídica y la verdadera naturaleza del préstamo (a interés mínimo fijo y no variable), teniendo en cuenta por un lado que esta información se habría dado de palabra, en el mismo momento de la firma de la escritura (acto prácticamente formal en un momento en que la voluntad de contratar ya se ha conformado) y que el hecho de que durante el primer año se establezca un tipo fijo, no variable por referencia al diferencial, que pasara a "añadirse" a partir del segundo ciclo anual contribuye a una confusión y oscuridad que como mínimo limita o dificulta para un "consumidor medio" la eficacia de esa información que se afirma haber transmitido verbalmente.

En cualquier caso, la intervención notarial, en la STS (RJ 2013, 3088) (FJ XI) y en la doctrina, se ubican dentro del requisito del control de inclusión, no del de transparencia.

Se trata, además de una condición general de la contratación, tal y como las define el art. 1 LCGC, que como señaló el § 142 de la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 y reitera la STS 16 julio 2014, rec. 1257/2013, aludiendo

al interés en el caso del contrato de préstamo, pues allí se analizaron "cláusulas suelo". Dice el art. 8.1 LCGC *"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"*. Pues bien, como se expresó antes, la referencia al IRPH Entidades sin explicitar la influencia que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la vulneración de las normas antes expresadas, de naturaleza imperativa, es decir, el art. 1256 CCv, el art. 60.1 TRLGDCU, y la disciplina bancaria antes mencionada que obligan a un nivel de información y transparencia que no refleja la escritura de préstamo disponible.

Apreciándose la nulidad conforme la previsión del art. 8.1 LCGC y 6.3 CCv, debe declararse nula la estipulación tercera bis en cuanto dispone como índice del interés variable el IRPH ENTIDADES.

DÉCIMO.- Consecuencias de la nulidad del índice IRPH en relación al interés variable establecido en la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario de 4 de abril de 2011.

En cuanto a los efectos que supone tal declaración, dispone el art 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCv, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

El art. 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH Entidades, y siendo el préstamo contrato naturalmente gratuito conforme al art. 1755 CCv, habrá de reintegrarse a los demandantes la totalidad de lo percibido por interés desde la firma del contrato, junto con su interés legal desde la fecha de presentación de la demanda vistos los arts. 1100 y 1108 CCv, y la cifra que resulte de todo lo anterior, interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes conforme al art. 576.1 LEC .

El artículo 6.1 impone a los estados miembros la obligación consistente en establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Habida cuenta de la situación de inferioridad del consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prescribe que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

Esta interpretación viene confirmada, además, por la finalidad y la sistemática de la Directiva 93/13.

En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véanse las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 37; Pannon GSM, apartado 26, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 51).

Así pues, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores -los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales-, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 , en relación con su vigésimo cuarto considerando, dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 . En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas

abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (véanse las sentencias de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08, Rec. p. I 4785, apartados 28 y 29, y *Perenicová et Perenic*, antes citada, apartado 34).

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 reconoce expresamente que las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero 2013, Duarte Hueros, C-32/12, punto 46, a las empresas no les "trae cuenta" intentar utilizarlas, ya que *"de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera"*.

Igualmente reconoce la referida Sentencia que Tratándose de cláusulas abusivas, como apuntan las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 37, el principio de eficacia exige que el tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y *"de no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida"*, ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, como indica la STJUE ya citada de 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 46, esta autonomía tiene como límite que tales normas *"no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad)"* (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Mostaza Claro*, apartado 24, y *Asturcom Telecomunicaciones*, apartado 38).

Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constata la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor.

La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".

Así se reconoce expresamente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 30 de Mayo de 2013 ((*Caso Dirk Frederik Asbeek Bruse/Jahani BV*), El Tribunal de Justicia ha precisado acerca de ello que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello. El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. El Tribunal de Justicia ha señalado además que esta interpretación se ve confirmada por la finalidad y la sistemática de la Directiva. Ha recordado al respecto que, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores, la Directiva impone a los Estados miembros, como se desprende de su artículo 7, apartado 1, la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar

el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor".

Es por ello, que en lo que respecta al presente litigio, no cabe sino concluir que procedería dejar inaplicada la cláusula declarada como abusiva, sin que sea posible sustituir la misma por otro tipo de interés menor. No obstante y dado que los demandantes, se oponen a ésta exclusión y solicitan expresamente en su demanda que se sustituya por un tipo distinto el euribor a doce meses más el 0'75%, que era la previsión fijada en el préstamo hipotecario anterior que pretendieron ampliar cuando acudieron a la entidad bancaria que les indicó que había que hacer una nueva operación de préstamo hipotecario.

Siendo declarada nula la estipulación señalada, procede sustituir el IRPH, declarado nulo, por el tipo Euribor más el

0'75% de diferencial comprendido en la primera escritura suscrita entre las partes sobre la misma vivienda, debiendo condenar a la entidad a que devuelvan "los intereses cobrados de más" que resulten en ejecución de sentencia de la aplicación de uno a otro índice, cantidad a la que habrá de adicionarse los intereses legales desde la fecha de cada uno de los cobros de intereses derivados de la escritura de préstamo hipotecario.

DÉCIMO PRIMERO.- En cuanto a los intereses moratorios reclamados por la actora, al ser estimatoria la demanda, procede condenar a la demandada a abonar a la actora los intereses legales incrementados en dos puntos conforme el art. 576 LEC y hasta su completo pago desde la fecha de la sentencia, y por lo que se refiere a las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la "cláusula suelo" devengarán el interés legal desde la fecha de cobro y hasta la presente resolución.

DÉCIMO SEGUNDO.- Vista la estimación íntegra de la demanda, procede, conforme al art. 394.2 LEC, procede la condena en costas a la entidad demandada.

Por todo lo anterior,

FALLO

Que estimando íntegra de la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Lourdes Lorenzo Ribagorda en la representación acreditada de DOÑA Carla y D. Rodrigo frente a **BANCO PASTOR S.A.U. (antes BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A)** y en virtud de la misma, SE DECLARA

1.- La nulidad de la cláusula limitativa a las variaciones del tipo de interés, 3.3 del préstamo hipotecario de fecha 29 de mayo de 2007, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación del límite del 3'75% y conforme a la fórmula pactada de euribor a 12 meses más 0'75%, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del TRES COMO SETENTA Y CINCO POR CIENTO".

2.- La nulidad de la cláusula limitativa a las variaciones del tipo de interés, 3.3 del préstamo hipotecario de fecha 4 de abril de 2011, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación del límite del 5% y conforme a la fórmula de euribor a 12 meses más 0'75%, y ello dado la declaración de nulidad de la cláusula IPH- CONUNTO DE ENTIDADES que consta en el punto siguiente del presente fallo, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del CINCO POR CIENTO".

3.- La nulidad de la cláusula de establecimiento del índice de referencia IRPH-CONJUNTO DE ENTIDADES, impuesta a los actores y que consta en la estipulación 3.2 de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 4 de



abril de 2011, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de dicho índice de referencia, debiendo entenderse en su lugar la fórmula de euribor a 12 meses más 0'75%.

4.- Se condena a la entidad demandada a reintegrar a la actora:

a) En relación al préstamo hipotecario de fecha 29 de mayo de 2007, las cantidades que hubiera podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento, a determinar en ejecución de sentencia sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula fijada cuya vigencia se mantiene hasta la presente sentencia y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 3'75% conforme a la fórmula pactada euribor a doce meses más 0'75%, debiendo recalcular y rehacer los cuadros de amortización, excluyendo dicha estipulación.

b) En relación al préstamo hipotecario de fecha 4 de abril de 2011, las cantidades que hubiera podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento, a determinar en ejecución de sentencia sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula fijada cuya vigencia se mantiene hasta la presente sentencia y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 5% conforme a la fórmula euribor a doce meses más 0'75%, debiendo recalcular y rehacer los cuadros de amortización, excluyendo dicha estipulación.

c) En relación al préstamo hipotecario de fecha 4 de abril de 2011, las cantidades que hubiera podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento, a determinar en ejecución de sentencia sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula fijada relativa al IRPH-Conjunto de entidades cuya vigencia se mantiene hasta la presente sentencia y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del índice IRPH-Conjunto de entidades y conforme a la fórmula euribor a doce meses más 0'75%, debiendo recalcular y rehacer los cuadros de amortización, excluyendo dicha estipulación.

5.- Todo ello con condena al pago del interés legal correspondiente desde el momento en que se materializó cada uno de los abonos hasta la presente sentencia e, incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia de conformidad con el art. 576 LEC y hasta su completo pago.

6.- Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y ante la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días desde su notificación en este juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Orense.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos lo pronuncio, mando y firmo

Eva María Martínez Gallego,

Magistrada Juez de Primera Instancia nº4 de Orense.

PUBLICACIÓN - Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la secretaria, doy fe.