

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 ILLESCAS

SENTENCIA:

CL. BAJADA DE LA FUENTE N° 12
Teléfono: 925-542245 / 46, Fax: 925-542115
Equipo/usuario: MTG
Modelo: N04390
N.I.G.: 45081 41 1 2016 0000812

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE ,
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a. ,
DEMANDADO D/ña.
Procurador/a Sr.,
Abogado/a Sr/a.

NOTIFICADO

21/2/2018

S E N T E N C I A

En Illescas, a 13 de Febrero de 2018.

Vistos por _____ Magistrada-Juez del Juzgado
de Primera Instancia e Instrucción n° 4 de Illescas (Toledo), los presentes autos de JUICIO
ORDINARIO _____ instancia de I
_____ representados por la Procuradora de los Tribunales
asistidos por el Letrado Sr. Mateos Antero, frente a la entidad _____
actual filiar de _____
representada por el Procurador de los Tribunales Sr. _____ asistido por
el Letrado _____ sobre anulación de cláusulas abusivas de préstamo hipotecario
y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de los actores se presentó demanda de
juicio ordinario, presentada en este Juzgado el día 8 de Marzo de 2016, contra la demandada
_____ actual filiar de I
en la que, tras exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que consideró
oportunos, terminaba suplicando se dictase sentencia conforme a sus pedimentos.

SEGUNDO.- Admitida a trámite que fue la demanda por Decreto de fecha 5 de Julio
de 2016, se dio traslado de ella a la parte demandada, que fue emplazada para personarse y
contestarla.

Por el Procurador de los Tribunales Sr. _____ dentro del plazo concedido
se presentó escrito de contestación a la demanda, en la que tras exponer los hechos y alegar

los fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminaba suplicando se dictase sentencia con desestimación de la demanda.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 14 de Febrero de 2017, se acordó convocar a las partes a la celebración de la preceptiva audiencia previa para el día 2 de Mayo de 2017, al cual comparecieron ambas partes con la representación y defensas antedichas teniendo lugar dicho acto con arreglo a las prescripciones legales. Por la actora se ratificó su demanda, solicitando el pleito a prueba. Por la demandada se ratificó su escrito de contestación a la demanda, solicitando el pleito a prueba. Recibido el pleito a prueba, por la actora se propuso: documental por reproducida; proponiéndose por la demandada: documental por reproducida y testifical. Admitidas las que SS^a estimó oportunas, se señaló para que tuviera lugar el acto del Juicio el día 13 de Febrero de 2018. Llegado el cual se practicó la prueba, habiéndose renunciado en el acto por la demandada al testigo propuesto, con el resultado que es de ver en los autos, y expuestas por las partes sus conclusiones, quedaron los autos conclusos para dictar Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De la acción ejercitada.- Planteada la cuestión litigiosa en los términos señalados en los respectivos escritos de las partes, ha de partirse para la resolución del debate y como hecho indiscutido de la existencia del contrato incorporado a la litis como documentos número uno del escrito rector, contrato de préstamo hipotecario signado por los actores y la demandada, destinado a financiar la compra de su vivienda habitual.

Entre las estipulaciones del instrumento citado de fecha 12 de Enero de 2004, se establece en su cláusula tercera-uno un tipo de interés remuneratorio variable (a partir de los seis primeros meses), consistiendo dicha variación en la aplicación automática al comienzo de cada anualidad del tipo de interés referencia interbancaria (Euribor en este caso) a un año, incrementado con un diferencial del 0,95%, estableciéndose un tipo de interés mínimo de 3,5 % y un máximo de 12.50%.

Se ejercita por la parte actora, de forma sintetizada, una acción declarativa de la nulidad de dicha cláusula limitativa del tipo de interés y, consecuencia de la misma, la condena a abonar a la actora la cantidad cobrada en aplicación de aquella, intereses y costas. Frente a tal pretensión, se opone la demandada alegando, en síntesis, que la cláusula en cuestión es válida y transparente formando parte del objeto del contrato, que no puede considerarse una condición general de la contratación; que era perfectamente conocida por la actora; y, en fin, que la demandada era ajena a la contratación entre la actora y la promotora por lo que no le eran exigibles los deberes de información.

SEGUNDO.- En relación al marco normativo en el que se dilucida la cuestión, ha de recordarse que el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y que

recoge en sustancia la anterior legislación aplicable al caso de autos, establece en su artículo 83.1 la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos efectuados con consumidores, nulidad que ha de ser apreciada de oficio.

El número 2 de dicho precepto establecía anteriormente que la parte del contrato afectada por la nulidad se integraría con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, admitiendo el siguiente párrafo que el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas dispondría de facultades moderatorias cuando subsista el contrato. Dicha disposición ha sido modificada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En la actualidad, el nuevo artículo 83 establece que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

En este punto, ha de reseñarse igualmente que el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establece que se consideran abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, relacionándose esas cláusulas en los artículos 85 al 90 de la Ley. E, igualmente, el párrafo primero del artículo 87 de dicha ley establece que "son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario. La consecuencia es la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas es que se tendrán por no puestas.

Igualmente, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 establece: "1 las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2 Se 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 contratos de adhesión". A su vez el artículo 4 de la directiva señala que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa". Finalmente el artículo 6, apartado 1, de dicha directiva dispone, " los Estados miembros establecerán 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".

En fin, para determinar si una cláusula es abusiva, el artículo 82.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, siguiendo el artículo 4 núm.1 de la Directiva Comunitaria 93/13/CEE establece que se tendrá en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el

momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

TERCERO.- En lo que respecta específicamente a las denominadas cláusulas suelo, la conocida Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, y ulterior auto aclaratorio de 3 de junio de 2013, ratificadas posteriormente por las sentencias del de 8 de septiembre de 2014 y 24 de marzo de 2015, donde ya no estamos en presencia de una acción colectiva como la que dio lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2013, sino ante el ejercicio de acciones individuales, crean jurisprudencia al respecto, afirmando que como regla general la cláusula suelo ostenta la consideración de condición general de la contratación, al ser una cláusula impuesta no negociada individualmente con el consumidor, por lo que, aun cuando afecta al objeto principal del contrato (esto es, al precio), puede ser sometida al control de abusividad por parte del juez, al no integrar el elemento esencial del negocio jurídico (el objeto como tal, art. 1265 CC).

Efectivamente, el tenor literal del artículo 1 de la Ley 7/1998, establece 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". Precepto que tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación y que ha sido interpretado por el *Tribunal Supremo en el razonamiento jurídico 137 de su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo*, donde sostiene que para que una cláusula tenga la consideración de condición general, debe reunir los siguientes requisitos:

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

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

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

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

La norma transcrita en ningún momento exige una incorporación "masiva" de la cláusula a los contratos celebrados en su actividad profesional por la entidad bancaria. Basta con que se trate de una cláusula redactada para ser incorporada a una pluralidad de contratos,

debiendo entenderse dicho concepto en su sentido estricto de diversidad, multiplicidad y en definitiva en su dimensión excluyente de no tratarse de un pacto o cláusula destinado a formar parte de un contrato único, excepcional o exclusivo.

El hecho de que dicha cláusula suelo o limitativa de la variación de tipos de interés no se incorpore a todos los contratos concertados por la entidad bancaria o ni siquiera de manera masiva a los pactos suscritos por ésta, no tiene ninguna relevancia a los efectos de resolver sobre la cuestión sometida a discusión pues basta con que dicha cláusula forme parte o esté destinada a formar parte de una pluralidad de contratos para que concurra en plenitud su cualidad de condición general de la contratación.

En el presente caso ni siquiera se discute dicha circunstancia, sino que la demandada, se limita a manifestar que la misma se negoció individualmente con la parte actora, hecho que no acredita de ninguna manera.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que la redacción e inclusión de cláusulas suelo por las entidades bancarias en los contratos de préstamo concertados por las mismas, ha sido una práctica común, continuada y muy extendida no solo por la demandada, sino en la práctica bancaria española, de tal manera que los procedimientos que persiguen la exclusión de este tipo de cláusulas son muy comunes en los Juzgados Mercantiles y de 1ª Instancia, habiendo dado lugar a la sentencia del 9/5/2013 citada en resolución de una acción colectiva de nulidad de cláusula suelo, en la que estaba incluida dicha entidad por las cláusulas de sus préstamos. Pero es que además y atendiendo al concepto gramatical de negociación, también cabe argumentar que la negociación implica un significado diferente al de "aceptar, asentar o conformar" de tal manera que nunca puede hablarse de "negociación" cuando únicamente se habilita al contratante para decidir si contrata o no en las condiciones predeterminadas e impuestas por la otra parte, pues es obvio que la obligación de contratar determinaría la nulidad del convenio. El término negociar lleva implícita la facultad de intervenir en el diseño del contenido del contrato, en los términos del mismo, en la inclusión o no de sus cláusulas, en la literalidad de las mismas. Supone poder contraoferta, acercar posiciones en el libre juego de oferta y demanda y materializar por escrito la libre voluntad de las partes contratantes y nada de esto se acredita que haya sucedido en el supuesto de autos tal y como se infiere del contenido del contrato y de los tratos previos al mismo.

En definitiva resulta fácil deducir que la redacción de la cláusula suelo no es más que la traducción contractual de una condición impuesta por el banco, es decir exigida por el banco, no modulada en su incorporación al contrato y por tanto no negociada individualmente sino impuesta y formando parte de un todo contractual redactado por el banco con arreglo, a falta de cualquier prueba en contrario, a los usos habituales, protocolos, formularios o modelos estándar integrados en la práctica negocial de la demandada.

La propia sentencia de 9/5/2013, resuelve esta cuestión de manera clara y comprensible al argumentar 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.

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.

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

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

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

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

Pero es que en este caso, además, no es un hecho controvertido que la parte actora, persona física, ostenta la cualidad de consumidor y usuario, en la medida en el préstamo fue suscrito a fin de adquirir una vivienda, y por ello merece especial protección.

Aplicando tales preceptos y requisitos al caso que nos ocupa, cabe concluir que la cláusula suelo, recogida en el apartado del tipo de interés, que recoge una limitación a la variabilidad del tipo de interés, es una condición general de la contratación, toda vez que constituye una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos.

CUARTO.- Sentado el carácter de la cláusula en cuestión, funda la parte actora la abusividad de la cláusula en su falta de transparencia, por falta de información del banco sobre la misma y falta de reciprocidad.

El control de transparencia es doble, abarcando dos estadios diferentes, nuevamente siguiendo la doctrina jurisprudencial de la St 9/5/2013:

Un primer control relativo al modo de inclusión en el contrato , que afecta todas las condiciones generales de la contratación, con independencia del carácter de las partes y que se ciñe a examinar el cumplimiento formal de la normativa bancaria que regula la incorporación a los contratos y que, esencialmente se encuentra en las Órdenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1.989, 5 de mayo de 1.994 y 28 de octubre de 2.011, en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares y en la propuesta de Directiva (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial.

Y un segundo control, limitado a los supuestos en los que el contratante es un consumidor, que se extiende a la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato y que se desprende del tenor literal del *artículo 80.1 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, a tenor del cual " en 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 ".

Este segundo control es desarrollado por la tan citada sentencia 9/5/2013 que, tras indicar en el Razonamiento Jurídico 211 que "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", señala en el Razonamiento Jurídico 225 los siguientes elementos indiciariamente reveladores de la falta de transparencia:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor. "

Lista respecto de la cual hubo de aclarar el Tribunal Supremo mediante auto de 3 de junio de 2.013, que "no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra".

Extrapolando lo anterior al caso de autos, hemos de concluir que la cláusula analizada no supera el primero de los controles de transparencia ya que las circunstancias acreditadas en que tuvo lugar la celebración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, no cumplen las especiales exigencias de transparencia y amplitud informativa previa al contrato que se exigen en la Ley 2/2009 de 31/3 de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares, aún no vigente al tiempo del otorgamiento de aquel, mas de indudable ayuda para la valoración de la información precontractual pues recoge en sustancia las disposiciones ya previstas en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

"Las personas consumidoras tienen derecho a que se les entregue, con un tiempo suficiente y razonable, un modelo de contrato con las condiciones generales previstas".

Por otro lado los *artículos 14 y 16 de la Ley 2/2009* establecen que:

Art. 14, "Información previa al contrato"

1. La empresa deberá suministrar de forma gratuita al consumidor, con una antelación mínima de cinco días naturales a la celebración del contrato y, en todo caso, antes de que asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato de préstamo o crédito hipotecario, al menos la siguiente información:

b) En cuanto al préstamo o crédito hipotecario ofrecido:

1º Una descripción de las principales características del contrato de préstamo o crédito.

2º El precio total que debe pagar el consumidor...la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio, así como la tasa anual equivalente expresada mediante un ejemplo representativo.

c) En cuanto al contrato de préstamo o crédito hipotecario:

1º Los supuestos en que existe el derecho a obtener una oferta vinculante conforme a lo previsto en el art. 16, su duración y las condiciones y modo para ejercerlo".

La forma de esta información debe ser necesariamente por escrito, tal y como prevé el apartado 2 de este mismo precepto y además en cualquier soporte de naturaleza duradera que permita la constancia de la fecha de su recepción por el destinatario y su conservación, reproducción y acceso a dicha información. Es decir se trata de un documento en papel o cualquier otro soporte material, entregado al consumidor y que permita a éste conocer el contenido mínimo del contrato futuro tal y como se relaciona en el artículo.

Como sanción frente al incumplimiento de esta obligación legal, el apartado tercero de este mismo precepto establece que "El incumplimiento de los requisitos relativos a la

información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos al suministro de dicha información previa, que se establecen en este artículo, podrá dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación civil, sin perjuicio de la integración de los contratos conforme a lo previsto en los arts. 61 y 65 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias".

Por otro lado el art. 16 regula la obligación del prestamista de entregar una oferta vinculante con carácter previo a la celebración del contrato y ello en los siguientes términos:

1. Efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso..., las empresas vendrán obligadas a efectuar una oferta vinculante de préstamo o crédito al consumidor o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo o crédito.

2. La oferta se formulará por escrito y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la empresa y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la empresa, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega.

3. En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar de forma destacada el derecho del consumidor, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con una antelación de tres días, en el despacho del notario autorizante".

En definitiva se trata de una oferta constatada por escrito, en soporte documental, que debe responder al contenido determinado en el anexo II de la Orden de 5/5/1994 y que ineludiblemente debe ser entregada al consumidor, el cual deberá ser expresamente informado de su derecho a examinar el proyecto de contrato con una antelación de 3 días y en el propio despacho del Notario.

Si trasladamos al caso de autos todas estas exigencias legales que conforman el deber de información impuesto a las entidades bancarias y partiendo de los indicios probatorios proporcionados por los medios de prueba y de las deducciones que pueden extraerse de las omisiones probatorias, tenemos que:

1º).- No se cumplió o al menos no existe la más mínima prueba sobre el particular de la obligación de proporcionar a la actora la información a que hace referencia el art. 14 de la Ley 2/2009, con el efecto invalidante del contrato mencionado en este mismo artículo, sin perjuicio de la posibilidad de integración.

2º).- No hubo oferta vinculante, o al menos no la hubo en las condiciones legales, pues no se acredita que ésta fuera entregada a la prestataria, que ésta tuviera o llegara a tener conocimiento fiel y amplio de dicha oferta vinculante, que el contenido de la misma se adecuara a la exigencia legal (anexo II Orden 5/5/1994). Tampoco consta que se informara expresamente a los prestatarios de su derecho a examinar el proyecto de contrato con una antelación de 3 días y en el propio despacho del Notario.

En cuanto al segundo control de transparencia, y a pesar de que lo manifestando hasta ahora sería suficiente para fundamentar la nulidad de la cláusula citada, tampoco se cumplirían las exigencias de claridad, concreción, sencillez en la redacción, accesibilidad y comprensión.

Esta conclusión se fundamenta en los argumentos que se exponen a continuación:

En primer lugar, el hecho de que no se acredite que se haya simulado ningún escenario relacionado con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar ni se haya ofrecido información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, junto con el hecho de que de las páginas que ocupan en la escritura las condiciones financieras relativas a los tipos de interés, se dedican a incorporar una cantidad abrumadora de datos referidos a las variaciones del tipo de interés, tipo de referencia, diferencial del tipo de referencia, ha de considerarse suficiente para concluir que la entidad demandada no informó perfectamente a su cliente de que, en el caso de bajar el índice de referencia, su préstamo se convertiría, *de facto*, en un préstamo a interés fijo en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio, por lo que la **actora** no pudieron comprender de modo real el alcance y repercusión que la cláusula tendría en el futuro.

Además de las dudas razonables que arroja no el conocimiento sino la comprensión, la percepción del verdadero alcance, finalidad y eficacia práctica de la cláusula discutida, cabe añadir la inaccesibilidad de dichas cláusulas, puesto que fueron prerredactadas por la entidad bancaria, y no consta, que el prestatario dispusiera de copia alguna con carácter previo a la firma del contrato, el hecho de que éste cuente con decenas de páginas, con muchísimos datos, unos inteligibles, otros no tanto para personas legas en derecho y contratación bancaria, como la parte demandante, el hecho de que el conocimiento pleno por los prestatarios del contenido literal del contrato se produzca en el despacho del Notario, en el momento de su lectura y por tanto en unas condiciones que no son en absoluto las idóneas para poder sopesar y analizar en conciencia el contenido obligacional de aquello que se va a suscribir etc. Todo ello, apreciado en su globalidad y por tanto valorando la convergencia de todas aquellas circunstancias, permite lograr la convicción sobre la falta de accesibilidad de la actora a los pactos contractuales y sobre la falta de sencillez en la redacción, imputándose a la entidad bancaria un defecto de información sobre aquello que ella misma redactaba y por tanto una actitud un tanto omisiva, negligente u opaca frente a quienes eran sus clientes.

Como corolario de todo lo expuesto y volviendo sobre los pasos de la *St del TS de 9/5/2013*, lo cierto es no queda acreditado de modo alguno, siquiera indiciario o tangencial que la cláusula suelo fuera objeto de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato y ello en la medida en que:

- La cláusula financiera en cuestión lo primero que expresa, es un interés fijo y durante el resto del préstamo un interés variable, referenciado al tipo medio mensual euribor para el plazo de un año, más un diferencial lo que sin duda genera una expectativa al adherente al

contrato que acaba siendo ilusoria si tenemos en cuenta la limitación a la variación de los tipos de interés que se inserta después.

Si el tipo de interés es variable, el cliente deduce que si el tipo de referencia sube, su cuota experimentará una subida en la cantidad y, al contrario, si el tipo de referencia desciende, se verá beneficiado con un correspondiente descenso en el importe de la cuota. Sin embargo la denominada cláusula suelo no se introducía en el contrato a continuación del tipo de interés ordinario y como excepción al mismo, sino después, y con una redacción confusa para una persona sin conocimientos bancarios y en estas condiciones no puede inferirse que dicha cláusula fuera presentada a la contratante como un elemento definidor del contrato sino que más bien parece introducida como algo accesorio, irrelevante o secundario y al mismo nivel de relevancia de lo que son las comunicaciones entre las partes.

- No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

- No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

Por todo ello resulta evidente que en un escenario de sostenibilidad de tipos a la baja, como el que ha acontecido y permanece en la actualidad, el banco se protegía y garantizaba unos recursos extras a través del tipo mínimo. Nada de ello consta que se explicase adecuadamente a la parte actora, ni por quién, ni cuando, ni cómo, ni dónde. Absolutamente nada a pesar de que se trata de un aspecto esencial del contrato de préstamo, definitorio de la cuota mensual a pagar por los prestatarios y por tanto determinante de las obligaciones asumidas por ésta y no existe indicio alguno que permita inferir o meramente sospechar que la parte demandante, a la que se ofreció claramente un tipo variable, en realidad se encontraba encajonada por unas limitaciones a la variabilidad de tipos que transformaban los intereses en un tipo fijo inamovible y además claramente beneficioso para la entidad bancaria y perjudicial para los clientes que no obtenían una ventaja proporcional, equitativa o recíproca.

En realidad, la principal alegación de la demandada es que, tratándose de un supuesto de subrogación en el préstamo concedido al promotor por parte de la compradora, hoy actora, los deberes de información y transparencia corresponden únicamente al promotor vendedor, quedando la entidad financiera liberada de esa obligación. La cuestión no aparece directamente regulada, pero el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores, en relación a la información que han de obtener en compraventa y arrendamiento de viviendas, establece en su artículo 4 : " ...quienes realicen las actividades sujetas a este Real Decreto deberán tener a disposición del público, y en su caso, de las autoridades competentes, la información siguiente: 7. Precio total o renta de la vivienda y servicios accesorios y forma de pago". A continuación, el artículo 6.1 indica que la información ha de ser detallada y clara en relación al precio de venta, debiéndose tener a disposición del público y de las autoridades competentes una nota explicativa que contendría: 1º.- Precio total de la venta. 2º.- Forma de pago, y en caso aplazamientos habrá de indicarse el tipo de interés aplicable y las cantidades a abonar por principal e intereses y fecha de vencimiento de unos y otros. 3º.- Medios de pago admisibles para cantidades aplazadas. 4º.- Si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por

él, con garantía real sobre la propia vivienda se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de esta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades.

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, no se ocupó de la cuestión relativa a la información en caso de subrogación de un tercero en el préstamo al promotor, regulando únicamente la información mínima, que la entidad debía proporcionar al prestatario en préstamos que, por su finalidad e importe, se consideran merecedores de mayor protección, como los casos de préstamos con garantía hipotecaria sobre una vivienda, siendo el prestatario persona física y el importe del préstamo igual o inferior a 25.000.000 pesetas.

Posteriormente, la Orden EHA/ 2899/2011 de 28 de octubre, sobre transparencia en la prestación de servicios bancarios, establece medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios, entre los que se encuentran las reglas para garantizar la transparencia en créditos y préstamos hipotecarios, tanto los celebrados con personas físicas con hipotecas sobre una vivienda como aquellos cuya finalidad sea adquirir derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o para su edificación. La norma contiene deberes de información en la fase precontractual como en el momento del otorgamiento del contrato. Así, en el Capítulo II sobre normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios la Sección 2ª se ocupa de la información precontractual, debiendo las entidades ofrecer información clara y suficiente sobre los préstamos que oferten, de forma gratuita y de carácter orientativo (artículo 21); información personalizada necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito del cliente una vez que este le haya facilitado la información que precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato (ficha de Información Personalizada art. 22) ; entrega de una oferta vinculante (art. 23); información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés (art. 24); y la información adicional sobre cláusulas suelo y techo (art. 25); además de la información sobre los tipos de interés variable, tipos de intereses oficiales y los índices y tipos de referencia aplicables para cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés (arts. 26, 27 y 28). En el acto de otorgamiento o en el documento contractual, además de recoger el derecho del cliente a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, se impone a los notarios el deber de velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la propia Orden, y de informar al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume en los casos de préstamos a tipo de interés variable, deberá comprobar si el cliente ha recibido la información anteriormente referida, advertirle expresamente de que se han establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, en cuyo caso consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiéndole de ello al cliente e informándole en todo caso sobre los efectos de los límites ante la variación del tipo de interés de referencia, las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de forma especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés (art. 30).

La Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011 contiene una referencia expresa a los supuestos de préstamos a constructores y promotores inmobiliarios, cuando se prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas, en cuyo caso obliga a las entidades

de crédito a incluir en los términos del contrato el deber de los promotores de "entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta orden" (art. 19.3). La norma, sin embargo, no hace distinción según que la entidad bancaria intervenga o no en el acto de otorgamiento, ni precisa si se añade una nueva obligación, extendiendo el ámbito de responsabilidad del constructor pero sin eludir la suya propia, o si se trata de una derivación de la responsabilidad de la entidad sobre el promotor, al que se trasladaría la obligación de información sobre las condiciones del préstamo que ha suscrito, garantizando la transparencia de las cláusulas.

Acorde a la normativa protectora de consumidores y usuarios, parece oportuno aceptar la primera de las tesis, por los siguientes motivos:

La subrogación del tercero en la posición del promotor implica una novación que, según el artículo 1205 del Código Civil, exige el consentimiento del acreedor que comporta la sustitución de un deudor por otro con efectos liberatorios para el primero, que no le es indiferente al acreedor. Si ese consentimiento es preciso para la validez y eficacia de la subrogación, no puede afirmarse que no interviene o es ajeno a ese contrato, sino que es una parte y como tal ha de observar los deberes de información legalmente previstos. Y, además, fue la entidad prestamista la que diseñó, y redactó el contrato primitivo introduciendo las cláusulas que estimó oportunas, y por ello, si a la escritura de subrogación se trasladan esas cláusulas o se hace una referencia general a ellas, la entidad bancaria ha de asegurarse de que son gramatical y formalmente comprensibles y de que el cliente efectivamente las ha asumido, consciente de su alcance e impacto económico.

En cualquier caso, la entidad bancaria siempre habría de responder del cumplimiento por parte de promotor de las obligaciones de información al cliente que se ha subrogado en el préstamo hipotecario concedido al mismo, bien sea en base a su propia responsabilidad derivada del artículo 1902 del Código Civil, ya por la responsabilidad por hecho ajeno que contempla el artículo 1903 del mismo texto legal.

De todo lo expuesto resulta que la entidad de crédito prestamista está obligada a informar al prestatario, inicial o subrogado, independientemente de los deberes que al respecto puedan imponerse al promotor, que en modo alguno eliminan los impuestos a aquéllos, debiendo tenerse en cuenta que si el contrato inicial desde su formalización estaba dirigido a la amortización a través de adquirentes subrogados, es lógico que las cláusulas contractuales que van a regir la relación que han asumido se sometan a los controles de incorporación y transparencia propias de la legislación especial de consumidores y usuarios, por todo lo que no pueden acogerse las alegaciones de la entidad demandada sobre la inexistencia de un deber de información a su cargo en casos como el presente.

En consecuencia y sintetizando todo lo anterior y sobre la base de los artículos más arriba mencionados, procede declarar la nulidad de la cláusula limitativa del interés variable que se contiene en el contrato litigioso.

QUINTO.- De las consecuencias de la nulidad de la cláusula. Interesa la parte actora en el suplico de su demanda que, una vez declarada la nulidad de la cláusula controvertida, se condene a la entidad bancaria a la devolución de todas las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de aquélla desde la fecha de celebración del contrato. Si bien es cierto que el Tribunal Supremo ha fallado en alguna ocasión señalando que los efectos de la nulidad en este caso sólo pueden tenerse en cuenta desde la fecha de la propia sentencia (es decir, efectos *ex*

nunc), lo cierto es que el art. 1303 del Código civil es diáfano al disponer que declarada la nulidad, los contratantes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido objeto del contrato (en este caso, de la cláusula). Toda vez que los jueces y tribunales están vinculados por la Constitución al imperio de la Ley, no cabe, en tanto el precepto citado no sea derogado o modificado, sino aplicar de forma estricta lo que el Código civil establece, sin que se atisben razones jurídicas para no dar cumplimiento a lo que ordena de forma taxativa el citado Cuerpo Legal, y que por lo demás se aplica sin discusión cuando se declara la nulidad de otras cláusulas consideradas abusivas como las de los intereses de demora o vencimiento anticipado del préstamo.

Por ello ha de condenarse a la entidad demandada a que, de una parte, devuelva a los actores todas las cantidades percibidas por la aplicación de un interés del 3,50%, de modo que la entidad demandada resulta condenada a restituir a los demandantes la cantidad abonada por los mismos en aplicación de la cláusula que ha resultado declarada nula, cantidad a determinar en ejecución de sentencia, y ello sobre las bases de las sumas reales que se hayan abonado desde el inicio del contrato en aplicación de la cláusula declara nula y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin aplicación de la misma, conforme a la fórmula pactada en la escritura de tipo variable de Euribor más el diferencial pactado, y bonificaciones, en su caso, considerándose que en modo alguno se infringe con ello el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que prohíbe las sentencias con reserva de liquidación.

A mayor abundamiento, el 21 de diciembre de 2016, se dio a conocer el fallo del TJUE en el asunto sobre retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. En su sentencia, el Tribunal de Justicia considera que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula. Tal limitación da lugar a una **protección de los consumidores** incompleta e insuficiente, por lo que no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas. El Tribunal de Justicia recuerda en primer lugar que, según la Directiva, **las cláusulas abusivas no podrán vincular al consumidor**, en las condiciones estipuladas por los Derechos de los Estados miembros, incumbiendo a éstos la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de tales cláusulas. El Tribunal de Justicia explica que incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula abusiva, de tal manera que se considere que dicha cláusula no ha existido nunca y que, de este modo, no produzca efectos vinculantes para el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Por consiguiente, la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo debe permitir la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor.

Según el Tribunal de Justicia, el Tribunal supremo podría declarar legítimamente, en aras de la seguridad jurídica, que su sentencia no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores. En efecto, el Derecho de la Unión no puede obligar a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas. Sin embargo, habida cuenta de la **exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión**, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión. En este contexto, el Tribunal de Justicia precisa que

las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales no podrán afectar a la protección de los consumidores garantizada por la Directiva.

Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo priva a los consumidores españoles que celebraron un contrato de préstamo hipotecario antes de la fecha del pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Supremo, del derecho a obtener la restitución de las cantidades que pagaron indebidamente a las entidades bancarias. Por consiguiente, de tal limitación en el tiempo resulta una protección de los consumidores incompleta e insuficiente que no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusiva, en contra de lo que exige la EI TJUE que deja claro que, conforme al Derecho de la UE (artículos 3, apartado 1 y 6, apartado 1 de la Directiva 93/13):

-El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11).

-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.

-Estas normas tienen naturaleza de orden público (Sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11).

-Estas disposiciones pretenden un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre las partes

-Esta 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” (sentencia de 30 abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU: C:2014:282, apartado 78).

-El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Además tiene la obligación de deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula.

-El juez nacional no debe poder modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio.

Conforme a estas consideraciones, el TJUE concluye que en principio una cláusula contractual declarada abusiva **nunca ha existido**, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor “*por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula*”.

SEXTO.- De los intereses. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1100, y 1108 del Código civil, la devolución de las cantidades cobradas indebidamente por aplicación de la

cláusula nula debe incrementarse con los intereses legales de los mismos desde la fecha de cada cobro.

SÉPTIMO.- De las costas. De conformidad con lo establecido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas procesales se impondrán a la parte demandada al estimarse íntegramente la demanda.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, por la autoridad que me confiere la Constitución Española, aplicando la ley

FALLO

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales _____ en nombre y representación de D. _____ contra la entidad _____ actual filial de _____ en consecuencia:

1.- Debo declarar y declaro nula, por abusiva, la cláusula contenida en el contrato de préstamo hipotecario firmado el día 12 de Enero de 2004, recogida en la cláusula tercera-uno que establece que "en ningún caso, el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,50 %, ni inferior al 3,50 %", teniéndola por no puesta, subsistiendo el resto de los términos del contrato en el que se incluye la misma.

2.- Debo condenar y condeno a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo hipotecario señalado con anterioridad, debiendo estar y pasar por ello.

3.- Debo condenar y condeno a la entidad _____ actual filia. _____ a restituir a los demandantes la cantidad abonada por los mismos en aplicación de la cláusula que ha resultado declarada nula desde la firma de la escritura de préstamo hipotecario, cantidad a determinar en ejecución de sentencia, y ello sobre las bases de las sumas reales que se hayan abonado desde la citada fecha en aplicación de las cláusulas declaradas nulas y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin aplicación de las mismas, conforme a la fórmula pactada en la escritura de tipo variable de Euribor más el diferencial pactado, condenando también al abono más los intereses legales devengados desde la fecha de cada uno de los cobros.

4.- Se imponen las costas devengadas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de apelación que se preparará ante este mismo Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles a contar del siguiente a su notificación, con cita de la resolución apelada y

manifestación de la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que se impugnan, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Toledo.

Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de Banesto, indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso de reposición seguido del código '00', de conformidad en lo establecido en la Disposición adicional Decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita

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

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución en el día de su fecha, por la Ilma. Sra. magistrada que la dictó, hallándose la misma celebrando audiencia pública, de lo que doy fe.