

Sección: L
JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2
C/ Málaga nº2 (Torre 2 - Planta 8ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 11 65 61
Fax.: 928 42 97 38
Email.:
mercantildos.lpa@justiciaencanarias.org

RED
ABAFI
Abogados y Economistas

Materia: Condiciones generales de
la contratación Resolución:
Sentencia 000161/2017
IUP: LM2015007411

Intervención: Interviniente:
Demandante Jose [REDACTED]
Demandante Dunia R [REDACTED]
Demandado UNION DE CREDITO PARA LA
FINANCIACION MOBILIDAD E
INMOBILIARIA CREDIFIMO
E.F.C.S.A.U.

Abogado:
Octavio Javier Suarez Silva

Octavio Javier Suarez Silva

MARÍA DOLORES BETANCORT QUINTANA
PROCURADORA
NOTIFICADO
12 SEP. 2017
Tlf.: 928 706 240 - Fax: 928 693 675 - Móvil: 648 855 344

Procurador:
María De Los
Dolores Betancor
Quintana
María De Los
Dolores
Betancor Quintana
Elisa Colina Naranjo

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 0000319/2015
NIG: 3501647120150000661

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria a 22 de mayo de 2017 el Magistrado- Juez del Juzgado de Lo Mercantil numero 2 de Las Palmas D. José Ramón García Aragón, en los autos seguidos en este tribunal de Juicio Ordinario num. 319/2015 interpuesto por el/la Procurador D.ª Dolores

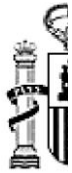
Betancor Quintana en nombre y representación de D. Jose [REDACTED] y Dª Dunia [REDACTED] contra la entidad Union de Credito para la financiación mobiliaria e inmobiliaria , Credifimo , SA representada por el Procurador D.ª Elisa Colina Naranjo en el que obran los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- El 22 de junio de 2015 se interpuso demanda de juicio ordinario que por turno de reparto correspondió a esta Juzgado. En ella se interponía demanda contra la entidad Credifimo SA solicitando la condena de la entidad demandada en la forma solicita en el suplico de la demanda.

Admitida la demanda mediante Decreto de fecha 15 de julio de 2015 se da traslado a la parte demandada para que conteste a la demanda y citándoles en legal forma procede a evacuar el referido tramite mediante escrito de contestación a la demanda con el contenido

RED
ABAFI
Abogados y Economistas



que consta en los autos presentado por el Procurador D. ^a Elisa Colina Naranjo , procediéndose a señalar fecha para la celebración de la Audiencia Previa.

Segundo.-Dicho acto se celebra el 22 de junio de 2016 a la que comparecen ambas partes que se afirman y ratifican en su escritos de demanda y contestación , procediendo a proponer como prueba las que constan en el acta siendo siendo admitidas con el contenido que obra en los autos citando a las partes al acto de la vista que se celebra el 22 de mayo de 2017 quedando los autos vistos para resolver .

Tercero.- En este procedimiento se han observado las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero.- La actora ejercita la acción de nulidad de la estipulación 3 bis referida al mínimomaximo del tipo de interés nominal entendiendo que es una condición general de la contratación , en lo referente a la inclusión en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 26 de julio de 2004 manteniendo el resto del contrato vigente . Así interesa que se condene a la demandada a abonar a la actora la cantidad que resulte de la operativa de la referida estipulación nula resultado del diferencial entre las cuotas abonadas en cuanto a que los efectos se produzcan desde la celebración del contrato , así como las que se devenguen durante el curso del presente procedimiento mas intereses y la modificación del cuadro de amortización .

La parte demandada alega que la demanda debe ser desestimada alegando que se cumple con el doble control de transparencia , existiendo intervención del Notario autorizante ; que no existe cláusula abusiva siendo la misma valida constando oferta vinculante ; que en todo caso no procede la devolución de las referidas cantidades .

Segundo.-En cuanto al fondo son dos las cuestiones litigiosas que se suscitan en el presente procedimiento : la nulidad de la condición general de la contratación contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 26 de julio de 2004 con la entidad demandada en lo relativo a la denominada cláusula suelo por interés no inferior al 3,95 % anual y un techo del 20% . Y por otro lado la consecuencia de dicha nulidad que implica la obligación de la entidad demandada de devolver las cantidades cobradas en exceso en concepto de interés por aplicación de la referida condición general de contratación . Condenando a su abono en la cantidad recogida en la demanda y en las que se liquiden en ejecución de sentencia conforme a las bases de liquidación indicadas .

Sobre la nulidad de estas cláusulas, derivada de acciones individuales de nulidad o colectivas de cesación, han existido resoluciones contradictorias en la última doctrina judicial que se plasman con claridad en SJM 2 Sevilla 30/09/2010 y en la *SAP Sevilla 07/10/2011* – que serán los antecedentes de la *sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013* - que estima el recurso de apelación frente a la primera sentencia indicada. En resumen, siguiendo lo indicado en la *STS 09/05/2013* , la SJM 2 Sevilla estimó que las denominadas "cláusulas suelo" existentes en los préstamos hipotecarios a interés variable





celebrados por las demandadas con los consumidores, debían considerarse condiciones generales integradas en una pluralidad de contratos, elaboradas de forma unilateral y previa por el predisponente operador bancario y, atendido el desfase en relación con las "cláusulas techo", las declaró abusivas y condenó a las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación, debiendo abstenerse a utilizarlas en lo sucesivo. Por su parte la mencionada sentencia de la AP Sevilla rechazó que las cláusulas suelo y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas porque entendió que: a) las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación, por ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; b) no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; c) no tener carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.

La doctrina judicial seguida en la citada sentencia del JM 2 Sevilla se manifiesta igualmente en otras resoluciones como la SJM 1 León 11/03/2011 o la SJM Cáceres 18/10/2011. Por su parte, la doctrina seguida por la citada sentencia AP Sevilla se ha manifestado en otras resoluciones como la *SAP Madrid 13/07/2012*.

La reciente *sentencia del Tribunal Supremo 09/05/2013*, que estima el recurso de casación frente a la *SAP Sevilla 07/10/2011*, resuelve la cuestión planteada en términos no coincidentes con ninguna de las resoluciones anteriores, para considerar finalmente la validez y la posibilidad de control judicial del carácter abusivo de las cláusulas suelo, incorporadas a contratos bancarios de préstamo a consumidores con garantía hipotecaria y a interés variable celebrados con consumidores y usuarios. Y ello en las concretas condiciones previstas en la citada sentencia que pasamos a analizar.

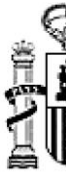
La STS parte de la inicial premisa de que no se cuestione por la partes de aquel procedimiento que las cláusulas allí analizadas son cláusulas predispuestas destinadas a ser incluidas en una pluralidad de contratos.

En el caso de autos la entidad demandada ni tan siquiera niega este extremo en relación a su actuación habitual dado que no ha aportado prueba alguna que desvirtúe este extremo. Por lo que se puede afirmar que en relación a los contratos en los que utiliza estas cláusulas se trate de cláusulas predispuestas destinadas a ser incluidas en una pluralidad de contratos.

Estamos pues ante condiciones generales de la contratación en los términos descritos en el art. 1 LCGC que 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» (art. 1.1 LCGC; en su desarrollo, *STS 1ª Pleno 241/2013, 9.5, Ausbanc c. BBVA y otros*, § 136-138 y 144).

Sobre el requisito de la imposición, son cláusulas impuestas las que no se han «negociado individualmente» (art. 1.2 LCGC). Más precisamente, «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 los contratos de adhesión» (art. 3.2 Directiva 93/13/CEE). «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 » (STS 1ª cit. 241/2013 , § 147). «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 quién, 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» (STS 1ª 241/2013 , § 151). Y se concluye: «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» (STS 1ª 241/2013 , § 165 a)]; sin que la imposición se reduzca al caso del desconocimiento del contenido (STS 1ª 241/2013 , § 143). La imposición no significa forzar el consentimiento contractual del destinatario. La imposición significa solamente que si el adherente quiere el contrato, lo tiene que querer, necesariamente, con un contenido predispuesto. No forma parte de la definición legal la consideración de si el adherente dispone o no de alternativas razonables a la de contratar bajo las condiciones impuestas, o no contratar.

Pues bien, no se ha discutido la condición de consumidor del demandante y el artículo 82.2 II LCyU dispone: «El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba ». Esta atribución de la carga de la prueba también se justifica en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE , en los antecedentes legislativos de la LCGC y en que la demostración de la ausencia de negociación es un hecho negativo que sería una prueba diabólica para el consumidor (STS 1ª 241/2013 , § 160-164 y 165 d)).

En este caso, a la vista de la prueba practicada consta la entrega y firma de una oferta vinculante si bien en fecha 21 de julio de 2004 , tan solo cinco día antes de la celebración del contrato .

El TS considera que no es obstáculo a esta consideración de condiciones generales de la contratación de las indicadas cláusulas suelo el que la condición se refiera a un elemento principal del contrato, como es el precio así en el apartado 142 de la STS se recoge que "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





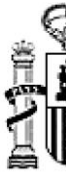
libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el *artículo 38 CE* y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el *artículo 51 CE* impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces los legítimos intereses económicos de los mismos"

Así la STS de 9 de mayo de 2013 realiza una serie de valoraciones sobre imposición de la cláusula y negociación de la misma en orden a razonar la posibilidad de analizar la abusividad de las mismas, plenamente aplicables al supuesto que estamos analizando, y en los siguientes términos; "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."

En relación al hecho de que el contrato se enmarque en sectores específicamente regulados por el ordenamiento jurídico, tal y como ocurre en el presente caso, la STS considera que ello no impide el control de su carácter abusivo en los siguientes términos " Debe ratificarse lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que "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".

El artículo 5 LCGC sobre los « Requisitos de incorporación » prescribe en su primer apartado: «Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se *acepte* por el adherente su incorporación al mismo y sea *firmado* por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer *referencia* a las condiciones generales incorporadas. [] No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya *informado* expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya *facilitado* un ejemplar de las mismas». En negativo, el artículo 7 LCGC sobre « No incorporación » declara: «No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5». En el ámbito del consumo , el artículo 80.1 LCyU establece: «1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) [Formulación



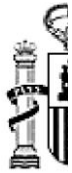


transparente] Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. 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».

En su desarrollo normativo , «la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja» (STS 1ª cit. 241/2013 , § 198). En abstracto, «la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor» (STS 1ª 241/2013 , § 202). En relación con la *cláusula controvertida* , «las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC» (STS 1ª 241/2013 , § 203). Aclaremos que el préstamo se concedió conforme a la regulación anterior a las hoy vigentes Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo , de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

En el caso enjuiciado, el Banco no ha acreditado suficientemente el cumplimiento de la normativa sectorial de transparencia dado que encunto a la oferta vinculante (art. 5 OM 5-51994 - por aplicación extensiva con base en las buenas practicas y usos bancarios por el Banco de España) si bien consta aportada a los autos y firmada lo cierto es que su inminencia temporal , escasos cinco días antes de la suscripción de la escritura , no permite verificar el referido requisito toda vez que parece responder mas a una mera implementación de los requisitos administrativos que a una real toma de conciencia del actor en cuanto a los extremos del contrato . Sin conste plazo o tiempo mínimo razonable para que los actores evaluaran los extremos de esta oferta vinculante conforme al plazo previsto en la normativa ministerial . Por otro lado en las escrituras públicas, consta por el Notario una información si bien genérica en cuanto a la inexistencia de discrepancias con la oferta vinculante aportada ; así como la verificación por el mismos de que la oferta





vinculante aportada es la que se ha tenido en cuenta en orden a la celebración del contrato de préstamo hipotecario con la constancia de limitaciones al tipo de interés referencia que consta de forma imprecisa y genérica y sin que el requisito del posible examen del proyecto de escritura sea factible a la vista de la fecha de la oferta , oferta en la que no consta la referencia a la Notaria concreta donde dicho proyecto esta lo que incide en la falta de cumplimiento de la referida normativa . Por lo que si bien consta la entrega de información y documentación prenegocial , en las que consta la referencia a la cláusulas financieras referidas al limite de la variación de los tipos de interés o la disposición del borrador días antes de la firma , no es menos cierto que resulta impropia dado que esta se entrega escasos 5 días antes de la suscripción de la escritura publica y que la misma opera con carácter formal como lo evidencia que no consta siquiera la notaria en la que consta depositada el proyecto de escritura de tal forma que resulta muy difícil verificar el proyecto de forma efectiva , elementos que permiten conformar la convicción de que las advertencias en la escritura publica son genéricas y meramente formales en orden a verificar los requisitos de forma pero sin que estén implementados de forma real por los acontecimientos, llegando a expresar los actores en su declaración que fueron firmados en unidad de acto con la escritura de préstamo hipotecario , extremos que implican , a juicio de este Tribunal , que la cláusula impugnada no supera el control de inclusión (o primer filtro) del ahora llamado doble filtro de transparencia.

Tercero.-En cuanto a la verificación del segundo filtro , se precisa analizar también el control de transparencia de la estipulación impugnada entendiendo por transparencia de las cláusulas no negociadas el control de la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, de conformidad con el 80.1 TRLCU cuando dispone que "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".

En este sentido, el Tribunal Supremo ha observado un " *doble filtro de transparencia* " en contratos con consumidores (a diferencia de los contratos con profesionales) por el que el juicio de cumplimiento del deber de transparencia no se limita al control de inclusión o a la llamada transparencia "*documental* ", según la Ley de Condiciones Generales (aunque, en realidad, también se presenta este filtro en la LCyU); sino que «existe una exigencia ulterior de transparencia, de comprensibilidad real» (*ATS 1ª 6.11.2013, Ausbanc c. BBVA y otros* , desestimando el incidente de nulidad contra la *STS 1ª 241/2013*) que algunos denominan transparencia " *sustantiva* ".

El control de transparencia emplea un «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", [y] 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» (STS 1ª 241/2013 , § 210, citando la STS 1ª 406/2012, 18.6).

Y en relación a ello considera que las concretas cláusulas que se analizaban en la STS 1ª 241/2013 no superan este segundo control de transparencia por las siguientes razones;

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objetoprincipal 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) Se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

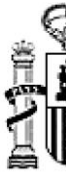
En relación a este punto indica la STS que estas cláusulas "No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices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

Ello no quiere decir que todas las cláusulas suelo sean ilícitas. Las cláusulas suelo (v. su concepto en STS 1ª cit. 241/2013 , § 21-25) son, en abstracto, *lícitas* (STS 1ª 241/2013 , § 131, 166, 255-262 y 293) y están reguladas en la normativa sectorial (STS 1ª 241/2013 , § 167), mas ello no les exime del control de abusividad ya que no son condiciones «que sean de aplicación obligatoria para los contratantes» (art. 4 II LCGC *a contrario* ; STS 1ª 241/2013 , § 168-178).

Respecto al *techo* , la cláusula que establece un techo, por definición, no es abusiva ya que sólo puede beneficiar al prestatario. El análisis de validez de las cláusulas suelo se produce cuando concurren las siguientes circunstancias;

"-Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.





-No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-

- Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

-En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso."

Vista la regulación contenida en la reciente STS, aplicado al caso concreto , la presente cláusula no supera el referido control dado que de la lectura de las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 26 de julio de 2004 se desprende que la cláusula suelo/techo allí establecida no supera el control de transparencia establecido en la comentada STS y, por lo tanto, procede la declaración de su nulidad.

Y lo anterior se afirma ya que la cláusula suelo/ techo impugnada se incluye en la estipulación tercera bis , de cada escritura , que carece de enunciado preciso , iniciándose mediante el texto " el tipo aplicable al devengo" Y situada entre una pléyades de datos en los que queda enmascarada y que diluyen la atención del consumidor mas aun cuando las cláusulas que le preceden resultan ser referidas a definiciones , interés sustitutivo...que se han venido desarrollando durante los folios anteriores que hacen muy difícil comprender la realidad de la referida condición dado la subordinación conceptual en la que se inserta . Sin que exista expresa constatación tipográfica mas allá de la mera negrita y mayúsculas del tipo de interés . Por lo que resulta razonable pensar que la referencia al limite de variación de tipos de interés paso desapercibido sin que el actor tomara real consciencia de los extremos referidos por las escrituras .En palabras del TS que la cláusula "se encuentra enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro". De tal forma que , además , su referencia con un techo aumento la distorsión en cuanto al significado de la misma.

Al margen de lo anterior, tampoco se cumplen en caso de autos el resto de requisitos previstos por la comentada STS para considerar que la cláusula es transparente, y, por tanto, lícita, así:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objetoprincipal del contrato.
- b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamientorazonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.





c) 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.

Aplicando la doctrina general anterior a las cláusulas suelo, la STS STS 1ª 241/2013 «263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas - contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. ". 264. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, [...] dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza» (STS 1ª 241/2013 , § 263-264). Sin que "el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo no la convierte en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor, ya que, como hemos indicado, la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia» (Auto de aclaración 3.6.2013, § 18). No constando prueba alguna al respecto sobre estos elementos siendo de cargo de la parte demandada su acreditación .

Cuarto.-En base a lo anterior, y siendo que la cláusula impugnada en el presente procedimiento, no supera el requisitos de transparencia precisos para la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, debe estimarse la demanda en este punto, declarando, la nulidad de la referida estipulación . Por aplicación del régimen ordinario de nulidad de las condiciones generales (STS 1ª 241/2013 , § 266-267) y de las cláusulas abusivas (STS 1ª 241/2013 , § 268-269). En consecuencia, la nulidad de la condición general (



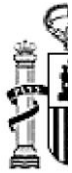


art. 8.1 LCGC; reiterando arts. 6.3 y 1255 CC), tiene por el artículo 9 LCGC el siguiente «Régimen aplicable»: «1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual. 2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil ». En el mismo sentido, el artículo 10.1 LCGC: «La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia». Para el caso de nulidad de cláusulas abusivas , el artículo 83 LCyU declara: «1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. [...] Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato».

Si bien manteniendo el contenido del resto del contrato dado la imposibilidad de integrar el contenido del contrato TJUE 14.6.2012 . La consecuencia de eliminar la cláusula será, en su caso, la supresión sin reemplazo por otro contenido contractual o la eventual aplicación del Derecho dispositivo o legal supletorio pero manteniendo el resto del contrato «274. Como hemos indicado las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato -de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-. También hemos indicado que no cabe identificar 'objeto principal' con 'elemento esencial' y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa". Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento. 275. Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia. 3. Conclusiones 276. Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones: a) Procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas en la forma y modo en la que se utilizan. b) Igualmente procede condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan. c) Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas».

Quinto.- En cuanto a los efectos de la referida nulidad han sido dos los frentes abiertos en orden a resolver sobre este extremo dividiendo a la doctrina y arrojando un verdadero semillero de resoluciones a favor de las tesis de retroacción y de no retroacción , convirtiendo en muchos casos a este en el verdadero nudo gordiano de las pretensiones de las partes. Así solo con carácter ejemplificativo y no sistemático : a favor de no devolver AP de Cáceres 3 , 18 y 20 de junio de 2013 AP de Alicante 12.7.2013 , AP de Madrid 27.7.2013





y JM 9 de Barcelona 18.06.2013 que en un modo u otro aplican los criterios seguidos por el TS .

En contra de la postura de la no retroactividad JM 5 de Barcelona 17.6.2013 , JM de Madrid 3 27 de febrero de 2014 , AP de Alava 12.07.2013, AP de CReal 11.07.2013 , JMde Bilbao 1 19.6.2013.

Ante tales divergencias este Tribunal acogió en el pasado las tesis de la retroactividad reproduciendo los argumentos sostenidos por el JM numero 3 de Madrid por su solidez , precisión y aplicación de la normativa comunitaria al respecto . Así las razones de la retroactividad eran las siguientes:

(a) «Como regla, nuestro *sistema* parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el *artículo 1303 del Código Civil* , a cuyo tenor "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes"» (*STS 1ª cit. 241/2013* , § 283).

(b) Explicado en términos de Derecho del *enriquecimiento injustificado* , «se trata [...] de una propia *restitutio in integrum* , como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la 'condictio indebiti'. Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente» (*STS 1ª 241/2013* , § 284).

(c) «Este principio es el que propugna el IC 2000 [Informe de 27 de abril de 2000, de la *Comisión* , sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE] al afirmar que "la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*)» (*STS 1ª 241/2013* , § 285).

(d) En una *acción individual* , no se dan las razones expresadas o no tienen la misma intensidad, que llevaron a apreciar la nulidad sin retroactividad por el Tribunal Supremo en una acción colectiva (*STS 1ª 241/2013* , § 293-294). En concreto, no es aplicable el argumento del caos económico porque la cuantía del pleito no genera «el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico» (en el mismo sentido, *SAP Barcelona 15ª 453/2013*, 16.12). (db) Además, en aquel caso no se añadió la pretensión restitutoria sino sólo la declarativa de nulidad y la cesatoria (arg. *SSAP Álava 1ª 291/2013*, 9.7 y *Alicante 8ª 335/2013*, 23.7). (dc) «El juez al resolver los conflictos debe de atenerse al sistema de fuentes del derecho siendo la primera de ellas la Ley, mientras que la jurisprudencia no es fuente del derecho sino que complementa el ordenamiento jurídico (*art. 1 CC*)» (SJM Jaén 162/2013, 17.12). (dd) El argumento de la seguridad jurídica es reversible porque la menos discutible de las seguridades jurídicas se obtiene con la aplicación literal de la ley. (de) Además, aun suponiendo que la irretroactividad de la nulidad





sea equitativa el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la jurisprudencia citada (*supra* B)), se opone a la reconstrucción equitativa del contrato y, lógicamente, de sus efectos.

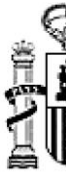
(e) La retroactividad y distinción con la acción colectiva del caso jurisprudencial es más clara, si cabe, en el supuesto de *no incorporación* de la cláusula al Contrato. «La no vinculación no puede ser graduable ni parcial, ni dependiente de un dato tan aleatorio como es la fecha de una sentencia de un tribunal de un Estado Miembro (puede generar diferencias entre consumidores en el territorio de la UE frente a una misma entidad bancaria)» (SJM Cantabria 18.10.2013).

(f) Ciertamente, el "contrato ilegal" (*contra legem*), por ser contrario a norma imperativa o prohibitiva (*arts. 6.3 y 1255 CC*) está sujeto a *control funcional* para salvaguardar la finalidad de la norma que el contrato infringe. A diferencia de los contratos ilícitos, sujetos a control estructural, los contratos ilegales son de efecto variable. En este caso, el control funcional lo es en beneficio del consumidor, sujeto a protección incluso constitucional (*art. 51.1 CE*). Se trata de una nulidad en interés del adherente consumidor, para su protección (v. *supra* Fundamento VII A)), luego los efectos de la nulidad se deben modular, en su caso, a favor del consumidor.

(g) En general, la consolidación de efectos contractuales o " *nulidad prospectiva* " (*ex nunc*), siendo una posibilidad jurídicamente válida y que este tribunal ha admitido en otros supuestos, no creemos que deba producirse en este caso, por aplicación de los criterios habituales, ponderados en su conjunto. «La decisión que alcance el tribunal debe ser «una respuesta apropiada y proporcionada a la infracción, tomando en consideración todas las circunstancias relevantes, incluyendo: (a) la finalidad de la norma que haya sido infringida; (b) la condición de las personas para cuya protección la norma existe; (c) cualquier sanción que pueda ser impuesta por la infracción de la norma; (d) la gravedad de la infracción; (e) si la infracción fue intencional; y (f) la cercanía de la relación entre la infracción y el contrato» (art. II.-7:302:[3] DCFR). Pues bien, aunque la infracción pueda no ser grave si el término de comparación son las prácticas bancarias existentes (la mayoría de los argumentos del Alto Tribunal se guían implícitamente por este parámetro); lo abusivo es la falta de transparencia y aquí no la petición de nulidad, la falta de transparencia afecta al fin de protección de la norma (*supra* f)), la demanda se interpone por quien tiene la condición de consumidor para cuya protección la norma existe, no tenemos constancia de que la falta de transparencia le hubiera supuesto al Banco alguna sanción, la infracción es indisputablemente intencional desde la *STS 1ª 241/2013* (en este caso, el consumidor fija el día inicial del período indemnizable en la fecha de presentación de la demanda, luego hay mala fe en todo este período), la infracción es inmediata al Contrato y, por último, la restitución ni es imposible ni impracticable

No obstante , tras el pronunciamiento del TS tal situación fue superada por la consolidación de una línea jurisprudencial que se recoge en la *STS, Civil sección 991 del 25 de marzo de 2015* (*ROJ: STS 1280/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1280*) Sentencia: 139/2015 | Recurso: 138/2014 | Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ e hizo que este Tribunal modificara su criterio en cuanto a la retroactividad limitada de la declaración de nulidad dado el carácter disidente del mismo .






Los últimos acontecimientos sin embargo han dado lugar a un pronunciamiento expreso por parte del TJUE en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 recoge

1. *Así pues, las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores.*
2. *Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.*
3. *De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).*
1. *En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).*
2. *De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de*





una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión .

Extremos por los que ha quedado resuelto por el Alto Tribunal el contenido en cuanto a la retroactividad de la declaración de nulidad de la referida cláusula abusiva no procediendo modulación de ningún tipo , debiendo de entenderse que la nulidad surte sus efectos desde la fecha de celebración del contrato fecha a la que la nulidad deberá de retrotraerse en orden a la devolución de las cantidades abonadas en exceso atendiendo al capital pendiente de amortizar , las cuotas pactadas , plazo de amortización y el interés pactado –sin que se aplique el suelo establecido – si bien desde la referida fecha del contrato tal y como ha interesado la actora y con los intereses legales desde cada una de las cuotas abonadas .

Sexto.-Conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que expresa el principio del vencimiento objetivo, las costas se imponen a la *parte demandada* , que ha visto rechazada su resistencia, sin que el tribunal aprecie que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho, salvo por la restitución retroactiva de prestaciones por divergencia de pronunciamientos judiciales e incluso la propia modificación del criterio por parte del Tribunal , si bien la oposición no se limita a esta cuestión y se trata de una pretensión accesoria a la principal que es la nulidad que ha sido estimada de forma íntegra .

FALLO.

Que debo **estimar y estimo la demanda de interpuesta por** el/la Procurador D.^aDolores Betancor Quintana en nombre y representación de D. Jose [REDACTED] y D^a Dunia [REDACTED] contra la entidad Union de Credito para la financiación mobiliaria e inmobiliaria , Credifimo , SA representada por el Procurador D. ^a Elisa Colina Naranjo por lo que

:

Debo declarar y declaro la nulidad de la condición general de la contratación establecida en el contrato celebrado entre las partes y aportado a los autos de fecha 26 de julio de 2004 estipulación tercera bis referida al mínimo-maximo del tipo de interés nominal del 3,95 y





20% ; manteniendo el contrato su eficacia excepto por la eliminación de la condición general declarada nula.

Debo condenar y condeno a la entidad Credifimo SA a eliminar la indicada condición general de la contratación limitativa del tipo de interés aplicable del contrato de préstamo suscrito .

Debo condenar y condeno a la entidad Credifimo SA a abonar a la actora la cantidad de mas abonada por la demandante por la aplicación de referida cláusula suelo desde la celebración del contrato mas intereses .

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

Así lo pronuncio, mando y firmo.

Notifíquese a las partes la presente resolución haciéndoles saber que esta resolución **no es firme** y contra ella podrá interponerse **recurso de apelación** que se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados a partir del día siguiente la de la notificación de la presente resolución, debiendo en todo caso la parte que cumplir lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LO 1/2009 de 3 de noviembre conforme a lo apartados 2 , 3.b) respecto del deposito para recurrir en los términos y con las prevenciones contenidas en los apartados 6 y ss de la referida disposición.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior resolución por el Juez que la dictó estando **celebrando audiencia pública** el mismo día de su fecha. Doy fe.

Así, por esta Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.



RED
ABAFI
Abogados y Economistas