

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 03 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 1 - 28013

Tfno: 914930551

Fax: 914930548

42020310

NIG: 28.079.00.2-2014/0193457

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 861/2014



(01) 30699629052

Materia: Derecho mercantil

Clase reparto: DEMANDAS COND. GRALES. CONTRAT.

E

Demandante:: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

Demandado:: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

SENTENCIA Nº 187/2016

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D. JORGE MONTULL URQUIJO

En Madrid, a trece de Octubre de dos mil dieciséis.

Vistos por mí, Jorge Montull Urquijo, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil número Tres de Madrid, los autos de juicio ordinario sobre declaración de nulidad de condición general de la contratación, bajo el número 861 del año 2014 que se han seguido ante este Juzgado, a instancia de don [REDACTED], representados por el Procurador doña [REDACTED] y asistidos del Letrado don Diego Rodríguez Marcos, siendo demandada la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representada por el Procurador doña [REDACTED] y asistida del Letrado doña [REDACTED], en virtud de las facultades que me han sido dadas por la Constitución, y en nombre del Rey, dicto la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Demanda y contestación.-En fecha de 5 de diciembre de 2014 se presentó demanda de juicio ordinario, que tuvo entrada en este Juzgado, y en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que se estimaba de aplicación al caso, solicitaba el dictado de una sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«1º Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva y/o por falta de transparencia, de la condición general de la contratación incluida en la escritura de

adjudicación con subrogación en hipoteca de fecha 20 de abril de 2010, con nº de protocolo 620, que otorgó el Notario de Madrid don Agustín Rodríguez García, con el siguiente tenor literal: “No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del tres con setenta y cinco (3,75) por ciento”. 2º- Se condene a la demandada a eliminar la condición general de la contratación limitativa del tipo de interés aplicable –cláusula suelo- del contrato de préstamo objeto del litigio.. 3º- Accesoriamente a la nulidad, se condene a la entidad a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado a la actora en virtud de la condición declarada nula y sus intereses en aplicación del art. 1.303 C.c. 4º- Y condene a la entidad al pago de las costas».

Admitida a trámite la demanda mediante Decreto, se emplazó a la demandada a contestarla, lo que hizo por medio de escrito presentado en fecha uno de julio de 2015, en el que interesó la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas.

SEGUNDO. Audiencia previa y juicio.- En fecha 17 de mayo de 2016 tuvo lugar la celebración de la audiencia previa, en la que las partes fijaron los hechos controvertidos y propusieron prueba. El juicio se celebró en fecha 15 de septiembre del año en curso, en el que se practicó la testifical propuesta por la actora en la persona de doña [REDACTED], tras la que los Letrados directores de las partes formularon conclusiones orales, quedando los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Planteamiento.*- La parte actora, don [REDACTED] solicita por medio de su demanda el dictado de una sentencia estimatoria de la misma por la que se acuerde, sustancialmente, que:

- 1.- Se declare la nulidad de la cláusula del contrato de préstamo a interés variable que establece un tipo mínimo de interés.
- 2.- Se condene a la entidad financiera a eliminar dicha condición del contrato de préstamo hipotecario, y a recalcular en consecuencia el cuadro de amortización del préstamo.
- 3.- Se condene a la entidad demandada a la devolución a los prestatarios de la cantidad a la que ascienda el exceso pagado.
- 4.- Asimismo, solicitaba la condena en costas de la entidad demandada.

Manifiestan los demandantes que en fecha 20 de abril de 2010 suscribieron con la demandada una escritura de adjudicación de vivienda con subrogación en préstamo hipotecario. El préstamo fue ofrecido a interés variable, no obstante lo cual figuraba inserta una cláusula con un tipo de interés mínimo de referencia al 3,75 %, cláusula conocida como cláusula “suelo”, mediante la que, aunque baje el tipo de referencia, no será posible aplicar éste cuando sea inferior al referido porcentaje.

Estima la parte actora, en sustancia, que nos encontramos ante una condición general de la contratación de carácter abusivo, y ello por tratarse de una cláusula no negociada individualmente, incorporada de manera generalizada por la entidad bancaria, y que trasgrede el principio de buena fe contractual al ocasionar, en perjuicio del cliente, un desequilibrio de las obligaciones injustificado y favorable únicamente para aquella. Todo ello según la versión de los hechos que ofrece la parte actora, quien ejercita su acción al amparo de lo dispuesto en los artículos 1, 3, 5, 7, 8 y 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y 80, 82, 87 y 89 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, modificada por 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 otras leyes complementarias (que, a su vez, ha sido modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo).

La parte demandada, la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, se opuso a la demanda presentada de contrario, pidiendo el dictado de una sentencia desestimatoria de la misma, alegando que los demandantes no pueden ser considerados consumidores por haber sido adjudicatarios de la vivienda objeto de la escritura en su condición de socios cooperativistas, así como que el establecimiento de la cláusula no fue resultado de una imposición, ni existió abuso por la entidad bancaria, que no ha establecido unilateralmente la configuración del préstamo de los actores, siendo éste el resultado de una negociación, así como defendiendo que no puede sostenerse que exista falta de transparencia e información.

SEGUNDO. *Hechos probados.*- Los hechos que han quedado acreditados en el procedimiento, por los medios de prueba que se dirá, y que tienen relación directa con el presupuesto de hecho tanto de las pretensiones deducidas en la demanda como de la oposición recogida en la contestación a la misma, son los siguientes:

1) Los demandantes, don [REDACTED] socios cooperativistas de la SOCIEDAD COOPERATIVA [REDACTED], Cooperativa de viviendas, en fecha 20 de abril de 2010 suscribieron con la demandada una escritura de adjudicación de

vivienda con subrogación en préstamo hipotecario (Documento 3 de la demanda).

2) El principal del préstamo se ampliaba en la escritura de adjudicación respecto de la del préstamo del promotor.

3) Respecto de los intereses, en la pág. 27, tras el título de tipo de interés aplicable a los adquirentes subrogados, se fijaba un tipo de interés variable de 1,00 puntos porcentuales sobre el tipo de referencia interbancaria a un año (EURIBOR) . En la página 32, bajo el título de “Límites a la variación del tipo de interés aplicable” se señalaba que, no obstante lo anterior, el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable sería de 3,75 % anual, apareciendo dicho porcentaje en la escritura resaltado en negrita.

4) A partir de un determinado momento de la vida del préstamo, se ha venido aplicando a los demandantes la cláusula de acotación mínima a la variabilidad del tipo de interés que figuraba en la escritura (hecho admitido por ambas partes).

5) No consta en la escritura de préstamo una advertencia expresa del Sr. Notario acerca de la existencia de límites a la variabilidad del tipo de interés.

TERCERO. Legitimación activa.- Defiende la entidad demandada que los demandantes en cuanto adjudicatarios de la vivienda por su condición de socios cooperativistas no reúnen los requisitos de la condición de consumidores, necesaria para aplicar la normativa sobre cláusulas abusivas, y por tanto carecen de legitimación para el ejercicio de la acción deducida en la demanda.

En cuanto al concepto de consumidor, debe partirse de lo dispuesto en el artículo 3 TRLGDCU, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que establece lo siguiente:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”

En su redacción anterior, el precepto establecía que *“(a) efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”*.

Indica el Magistrado José María Fernández Seijo en su obra *“La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias. Una aproximación desde el Derecho Comunitario”*, Ed. Bosch, que “(...) a los efectos del derecho español el elemento fundamental para determinar la presencia o no de un consumidor en el contrato no puede ser su condición de persona física o jurídica, sino si actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional. Para concretar esa integración habrá que examinar si el contratante del bien o servicio es el destinatario final del mismo, es decir, no lo incorpora a su actividad productiva. El consumidor es quien actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

La Directiva comunitaria 93/13, en su artículo 2, identifica al consumidor con *«toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional»*.

Esta configuración, en apariencia sencilla, sin embargo se complica cuando se pretende llevar a la práctica, lo que ha hecho que el propio Tribunal Supremo español – Sentencia de 18 de junio de 2012- advierta lo siguiente: «Hay que señalar, en términos generales, que la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto – LGDCU- de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1, 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como “destinatario final”, con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios “para integrarlos en procesos relacionados con el mercado”. En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (párrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de “destinatario final”, en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder a “fines privados”. Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a “las necesidades familiares o personales”, o “a las propias necesidades del consumo privado del individuo” (SSTJ CE de 17 de marzo 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de “destinatario final” antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con “el consumo familiar o doméstico” o con “el mero uso personal o particular” (SSTS 18 de julio de 1999, 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000, y 15 de diciembre de 2005, nº 963, 2005). Todo ello, sin perjuicio de que la ley de Crédito al Consumo aplicable al presente caso, Ley 7/1995, de 23 de marzo, excluía de su aplicación, artículos 6 a 14 y 19, a los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria, exclusión que se contempla de un modo pleno en su actual regulación dada por la Ley 16/2011, de 24 de junio (artículo 3. a).

Tal y como se observa de la jurisprudencia citada la legislación española se decanta, de modo general, finalmente, por una fórmula amplia de destinar el bien o servicio adquirido a fines privados, sin embargo no es siempre sencillo delimitar qué debe entenderse por fines privados. (...)

Con el objeto de dar una interpretación segura y fiable del concepto de consumidor más que exigir algún tipo de indagación sobre el interés personal o familiar del servicio o contrato, debe acudir a la idea de ajenidad respecto de lo que es su actividad empresarial o profesional dado que toda la legislación tuitiva del consumidor está inspirada por el interés en proteger al consumidor como parte del contrato considerada como económicamente más débil y jurídicamente menos experimentada, inferioridad que se observa tanto en lo referido a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (...).

El TJUE, en reciente sentencia de 3 de septiembre de 2015, ha tenido oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre el concepto de consumidor a los efectos de lo dispuesto en la Directiva 93/13, indicando que “cabe señalar que, según el décimo considerando de la Directiva 93/13, las normas uniformes sobre las cláusulas abusivas deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre «un consumidor» y «un profesional», conceptos estos definidos en el artículo 2, letras b), y c), de dicha Directiva.

16 Conforme a tales definiciones, es «consumidor» toda persona física que, en los contratos regulados por la citada Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. Por su parte, es «profesional» toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la Directiva 93/13, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

17 Por tanto, la citada Directiva define los contratos a los que se aplica por referencia a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 30, y Šiba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 21).

18 Tal criterio responde a la idea que sustenta el sistema de protección establecido por dicha Directiva, a saber, que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 31, y Šiba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 22).

19 Habida cuenta de tal situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartado 23 y jurisprudencia citada).

20 Procede a su vez recordar que una misma persona puede actuar en ciertas operaciones como consumidor y en otras como profesional.”

En el presente caso se plantea la cuestión de si los demandantes, al haber adquirido la vivienda objeto del préstamo hipotecario por su condición de cooperativistas tienen o no la condición, a los presentes efectos, de consumidores. Esto es, si al haber adquirido la vivienda precisamente por su condición de socios de una sociedad ya dejan de tener la condición de consumidores. Hay que partir de que, a pesar de la referida condición de socios de los actores, ésta no constituye su actividad empresarial, pues la sociedad de la que forman parte se trata de una sociedad cooperativa de viviendas, que tiene, por tanto, por objeto satisfacer las necesidades de vivienda de los socios. Los cooperativistas, que tienen sus propias actividades laborales o profesionales, se asocian entre sí a fin de llegar a adquirir una vivienda para uso privativo en unas determinadas condiciones. Así, por una parte, la actividad de la cooperativa no supone la actividad empresarial o profesional de los cooperativistas, que tienen sus propias ocupaciones, y por otra, la vivienda que adquieren no se integra en sistema productivo alguno, ya que los cooperativistas son los destinatarios finales de las viviendas. En consecuencia, a los efectos de la acción ejercitada en la demanda, los demandantes tienen la condición de consumidores.

CUARTO. *Marco normativo y jurisprudencial y su aplicación al caso.*- 1. Señaladas del modo que antecede las posiciones de las partes, así como los hechos probados, el punto de partida para la resolución del presente litigio debe ser necesariamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

Dicha sentencia, partiendo de que la cláusula en cuestión debe calificarse como condición general de la contratación por reunir los requisitos de contractualidad, prerrección, imposición por una sola de las partes del contrato y utilización en una pluralidad de contratos, concluyó que la cláusula de acotación mínima a la variabilidad del tipo de interés era, con carácter general, válida, y que únicamente cabía declarar que la misma fuera nula por abusiva en el supuesto de que no superara lo que se llamó el control reforzado de transparencia, control que incluye el denominado control de incorporación de la cláusula y el control específico de transparencia en el caso de condiciones general empleadas en contratos

celebrados con consumidores.

Respecto del control de incorporación (“*La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*”. Ed. Bosch, Autor: José María Fernández Seijo, páginas 69 a 71), el artículo 5 LCGC, bajo el epígrafe “requisitos de incorporación”, recoge el conjunto de exigencias legales para que una cláusula o compromiso pueda considerarse válidamente incluida en el contrato. Este artículo 5 LCGC debe completarse con lo dispuesto en el artículo 7 del mismo cuerpo legal, que establece los supuestos en que una cláusula no debe considerarse incorporada al contrato, señalando que «(n)o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) *Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.*

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato».

Este control de incorporación se aplica respecto de cualquier condición general, tanto si afecta a contratos celebrados entre empresarios y consumidores, como a los contratos firmados entre empresarios. Es, en consecuencia, un tipo de control general que afecta a la totalidad de los contratos de adhesión.

El artículo 80.1 TRLGDCYU reitera estos requisitos de accesibilidad en los contratos suscritos por consumidores, en los siguientes términos:

«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) 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 ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.»

En definitiva, es preciso que la cláusula en cuestión sea perceptible y comprensible, y para que lo sea es necesario que se haya redactado de modo transparente, claro, concreto y sencillo, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos no facilitados.

Dicho esto, y partiendo de que la cláusula controvertida en el caso de autos constituye una condición general de la contratación por reunir los requisitos anteriormente dichos de contractualidad, predisposición, imposición por una sola de las partes del contrato y utilización en una pluralidad de contratos, como resulta del artículo 1 LCGC y de la doctrina del Tribunal Supremo (STS Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, doctrina reiterada en sentencias posteriores dictadas sobre la materia), debe señalarse que la citada estipulación de acotación mínima a la variabilidad del tipo de interés en el presente asunto supera el control de incorporación. Basta para llegar a dicha conclusión la lectura de la cláusula que figura en la escritura pública aportada como documento 2 de la demanda, dentro de la cláusula financiera tercera bis, desprendiéndose de la misma que se cumplen los requisitos de claridad, concreción, sencillez expresados en los artículos 5 y 7 LCGC y 80 TRLGDCU, sin que fuera necesaria la entrega de oferta vinculante habida cuenta de la fecha de la operación y la cuantía del préstamo.

2. Superado el referido control de incorporación, el siguiente paso estriba en analizar si la cláusula cumple con los umbrales de transparencia fijados por el Tribunal Supremo.

Respecto del llamado control de transparencia, siguiendo nuevamente a Fernández Seijo (“*La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*”. Ed. Bosch, páginas 72 a 74), fue reconocida expresamente por la STS de 18 de junio de 2012, que alude al “Control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado 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”; doctrina que ha sido desarrollada por la STS de 9 de mayo de 2013 en los siguientes términos:

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

215. 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 que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante».

Señala asimismo el trabajo doctrinal citado que “(l)as conclusiones que el ordinal 215 de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 incluye respecto del control de transparencia son claras respecto del alcance de este control: a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.” Y concluye que “dentro del control de transparencia se incluiría el control de las consideradas cláusulas sorprendentes, entendiendo como tales aquellas cuya presencia no podía ser razonablemente esperada en el contrato. Su interdicción consagra el reconocimiento del comportamiento normal de los adherentes, que no se leen el clausulado, pero que deben confiar en el contenido honrado de clausulados predispuestos; se vincularía, por ello, al principio de buena fe.”

El TJUE, en Sentencia de 30 de abril de 2014, ha incidido en la línea del control de transparencia, indicando que «según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a

adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (véase, en particular, la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 27 y la jurisprudencia citada).

40. Habida cuenta de tal situación de inferioridad, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. En ese contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en los artículos 3, apartado 1, y 5 de la Directiva 93/13, determinar si dadas las circunstancias propias del caso concreto esa cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias *Invitel*, C-472/10, EU:C:2012:242, apartado 22, y *RWE Vertrieb*, C-92/11, EU:C:2013:180, apartados 42 a 48).

(...)70. Pues bien, acerca de este artículo 5, el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (véase la sentencia *RWE Vertrieb*, EU:C:2013:180, apartado 44).

71. Por tanto, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical.

72. Por el contrario, como ya se ha recordado en el apartado 39 de la presente sentencia, toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva.»

Y concluye el TJUE que «75. Por todo lo antes expuesto se ha de responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por

otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.»

La anterior doctrina es reiterada, en cuanto al control de transparencia, en la sentencia de 23/04/2015 (asunto Jean Claude Van Home).

Por su parte, el Tribunal Supremo, en Sentencia pronunciada por el Pleno de fecha 8 de septiembre de 2014 (Ponente: Sr. Orduña Moreno), con voto particular del Magistrado Sr. Sancho Gargallo, vuelve a incidir en la senda del control de transparencia, indicando que «(e)n la actualidad, conforme al desenvolvimiento social, económico y cultural y, particularmente, desde un claro impulso de actuaciones judiciales, tanto nacionales como europeas, se está asistiendo a un proceso de reforzamiento de los derechos de consumidores y usuarios. La impronta del control de transparencia, como una plasmación del principio de transparencia real, implícito en el marco general del control de abusividad, constituye una buena prueba de lo afirmado, así como de la conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación (...) En síntesis, este proceso, en el ámbito de las condiciones generales que nos ocupa, tiende a superar la concepción meramente “formal” de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo (*pacta sunt servanda*), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación».

En la Sentencia citada del Tribunal Supremo, éste califica la contratación bajo condiciones generales de la contratación como «un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada».

Respecto de la **caracterización del control de transparencia**, dice el Tribunal Supremo que «(e)n el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión en el desarrollo general del control de inclusión (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera

directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)».

En cuanto al **fundamento del control de transparencia**, apunta el Tribunal Supremo que “(...) el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en las comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. (...) el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada (...)”.

En lo que concierne al **alcance del control de transparencia**, concluye asimismo el Tribunal Supremo que “el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiera de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada (...)”.

Y también se hace hincapié en dicho control en las sentencias posteriores de 24 y 25 de marzo de 2015, indicando la primera de ellas que se trata de un control abstracto de validez que atiende a la reacción o comportamiento típicos del consumidor medio.

3. Además de lo anterior, tratándose de un caso de subrogación en préstamo a promotor y posterior novación del mismo, deben tenerse en consideración las indicaciones del Banco de España.

Para los casos de subrogación en préstamo al promotor, indica el Banco de España, en su Guía de acceso al préstamo hipotecario lo siguiente en cuanto a la información que debe suministrarse al consumidor:

“8.1.4 La información en el caso de subrogación de un préstamo al promotor de la vivienda.

Pero ¿qué sucede si el inmueble que va a adquirirse con la financiación que proporciona el préstamo lo comercializa un promotor? La normativa de transparencia exige a las entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios que, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, incluyan, entre los términos de su relación contractual con los promotores o constructores, la obligación de estos de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio de préstamo ofrecido por las entidades. Por tanto, el adquirente de la vivienda puede y debiera exigir, antes de subrogarse en el préstamo concedido al promotor, que este le informe de todos los términos y cláusulas del préstamo que hemos visto en los apartados anteriores, en forma semejante a como lo debería hacer la propia entidad si el préstamo se suscribiera directamente con ella.”

El mismo organismo (Banco de España), en la Memoria elaborada por su Servicio de Reclamaciones en 2012, dice que:

“Con frecuencia, los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable contienen límites a su variación, bien en cuanto al mínimo aplicable (cláusula suelo), bien en cuanto al máximo (cláusula techo), o bien en cuanto a ambos (cláusula suelo/techo). Dichos límites estaban expresamente previstos en la anterior Orden de Transparencia de mayo de 1994, que regulaba la información que debían incorporar aquellos que, por su finalidad e importe, se consideraba que merecían una mayor protección —préstamos sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebasara los 150.253 euros—. Del mismo modo se contempla en la vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ya sin límite cuantitativo, y con una mayor exigencia informativa, por cuanto en su artículo 25 («Información adicional sobre cláusulas suelo y techo») establece que «En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima». Ante estas cláusulas, el criterio del Servicio de Reclamaciones del Banco de España es considerar que dicha limitación es aplicable siempre que resulte de un acuerdo expreso entre las partes y se encuentre debidamente recogida en el contrato, extremando las cautelas que aseguran el conocimiento de su existencia por parte de los clientes con anterioridad a la firma de los documentos contractuales y al otorgamiento de escritura pública.

Son numerosas las reclamaciones presentadas por los prestatarios ante dicho Servicio de Reclamaciones invocando no haber sido informados por las entidades de la existencia de un límite inferior al tipo de interés aplicable a sus préstamos que les impide beneficiarse de las bajadas del tipo de interés de referencia cuando la suma de este más el diferencial, en su caso, pactado es inferior a la controvertida cláusula suelo. El Servicio de Reclamaciones del

Banco de España considera que las entidades prestamistas, en una actuación diligente sobre la base del principio de claridad y transparencia que debe presidir las relaciones entre las entidades financieras y sus clientes, deben estar en condiciones de acreditar haber informado a aquellos de la existencia del citado límite con anterioridad a la fecha de otorgamiento de la escritura pública de formalización del préstamo, considerándose, en el caso opuesto, su actuación contraria a las buenas prácticas y usos financieros. La exigibilidad de acreditar información previa al respecto responde, básicamente, a los siguientes supuestos y excepciones: Mediante la oferta vinculante o, en su caso, otro documento firmado por la parte prestataria con anterioridad a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, la entidad debe acreditar haber informado a su cliente de todas las condiciones financieras de la operación, incluidos, en su caso, los límites a la variación del tipo de interés aplicable. A partir de la entrada en vigor de la susodicha Orden EHA/2899/2011, además de exigirse en la Ficha de Información Precontractual —FIPRE— (artículo 21 de la orden), se deberá informar en la propia Ficha de Información Personalizada —FIPER— (artículo 22 de la orden), además de en un anejo a esta última ficha (artículo 25 de la orden, más arriba transcrito). En su caso, también en la oferta vinculante, si bien en este caso, «si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega la Ficha de Información Personalizada y coincide íntegramente en cuanto a su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento» (artículo 23.4 de la orden). En cuanto a la anterioridad de la información previa, ni la Orden de 5 de mayo de 1994, que en su artículo 5 regulaba la oferta vinculante, ni la Orden EHA/2899/2011, que a su entrada en vigor deroga la anterior, y que, en sus artículos 22 y 23, regula, respectivamente, la FIPER y la oferta vinculante, establecen un plazo mínimo determinado para que la futura parte prestataria conozca con carácter previo las condiciones financieras de la operación. No obstante, dado que la Orden de 5 de mayo de 1994, en su artículo 7.2, determinaba, al igual que lo hace ahora la Orden EHA/2899/2011, en su artículo 30.2, que el cliente tendrá derecho a examinar la minuta de la escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario, al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, cabe deducir de aquella que la oferta vinculante y/o, en su caso, la FIPER —incluido, si procede, su anejo con la correspondiente información sobre la cláusula suelo— deben conocerse por parte del cliente con, al menos, esos tres días hábiles de antelación sobre la fecha señalada, en ambas normas reguladoras, para la firma de la escritura pública.”

Para los casos de subrogación en préstamo concedido al Promotor, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España contempla en su Memoria de 2012 varias situaciones:

Entidad prestamista no compareciente Entidad prestamista no compareciente, ni como parte ni en ningún otro concepto en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa de vivienda con subrogación de préstamo. No es exigible a la entidad acreditar información previa, ni es responsable del contenido del documento público, pudiendo serlo, en su caso, el vendedor de la vivienda, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 515/198916.

Por su parte, la Orden EHA/2899/2011, en el punto 3 de su artículo 19, establece que «las entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, deberán incluir entre los términos de su relación contractual la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta Orden».

Entidad prestamista compareciente. Entidad prestamista compareciente en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación (simple) de préstamo, así como en el caso de que el futuro prestatario solicite información de las condiciones de aquel. En el primer caso, el Servicio considera que una actuación diligente de la entidad implica que se ocupe de que todas las condiciones financieras del préstamo figuren de manera expresa y detallada en el documento público, y que, en el supuesto de solicitar información con carácter previo, facilite al futuro comprador que habrá de subrogarse en la operación, igualmente, detalle de todas las condiciones financieras de esta.

Entidad prestamista compareciente en el acto de otorgamiento de la escritura pública de compraventa con subrogación y novación del préstamo. Dado que la modificación de las condiciones del préstamo implica, necesariamente, la existencia de negociaciones previas a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, entre la entidad y la nueva parte prestataria resultante de la subrogación, una actuación diligente de aquella exige que esté en condiciones de acreditar haber informado a su cliente de la totalidad de las condiciones financieras (modificadas o no) de la operación en la que este se subroga. Ello con independencia de las responsabilidades que competen a cada uno de los intervinientes en la compraventa con subrogación de préstamo: la del comprador, de velar por sus propios intereses informándose de cuanto le pueda afectar; la del vendedor, de facilitar al comprador las condiciones del préstamo; y la del notario, de actuar de conformidad con lo dispuesto en la normativa notarial. Los criterios anteriormente expuestos son igualmente aplicables en todo momento de la relación contractual en el que se modifique cualquiera de las condiciones pactadas, como, por ejemplo, en aquellos casos en que posteriormente se suscriban escrituras de novación. “

Respecto de la información que debe facilitar la promotora con ocasión de la venta de viviendas, el Real Decreto 515/1989, sobre protección de los consumidores, establece unos contenidos mínimos:

– Prohíbe que la oferta, promoción y publicidad dirigida por el promotor a la venta induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios de modo tal que afecte a su comportamiento económico, por lo que no se podrán silenciar datos fundamentales de los objetos de aquella

(artículo 3.º).

– Dispone que, si el vendedor previera la subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario que le fue concedido, deberá indicar en una nota explicativa a disposición del público: el notario autorizante, fecha de la escritura, datos de su inscripción registral, responsabilidad hipotecaria de cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades (artículo 6.º 4).

– Regula el «derecho» de todo adquirente, a la firma del contrato, a recibir a costa del vendedor copia de los documentos referidos anteriormente (artículo 9.º).

Una vez la entidad financiera acepta la subrogación del adquirente en la posición que en el préstamo hipotecario ocupaba el promotor- vendedor, sí que está obligada a informarnos sobre las condiciones financieras del préstamo en el que nos vamos a subrogar, de acuerdo con lo que impone la Orden de Transparencia de las condiciones Financieras.

4. Dicho todo lo anterior, en el caso presente, no plantea duda que la cláusula supera el control de incorporación, desprendiéndose que se cumplen los requisitos de claridad, concreción, sencillez expresados en los artículos 5 y 7 LCGC y 80 TRLGDCU, sin que en este caso fuera necesaria la entrega de oferta vinculante con los requisitos temporales y materiales previstos en la OM de 5 de mayo de 1994, al tratarse de un supuesto de subrogación en préstamo promotor.

5. Dicho esto, y respecto del sometimiento de la cláusula controvertida al control reforzado de transparencia que indica el Tribunal Supremo, habrá que valorar si la información ofrecida por la entidad fue o no suficiente y, en definitiva, si puede estimarse que su actuación fue o no transparente en los términos definidos por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Habiendo señalado en esta resolución que la cláusula discutida supera el control de incorporación, a distinta conclusión se ha de llegar respecto del denominado control reforzado de transparencia o de comprensibilidad real de la cláusula, tal y como ha sido delimitado por la jurisprudencia en los términos antedichos, pues en el presente litigio no se ha probado por la entidad demandada que la misma haya cumplido con su deber de transparencia en los términos definidos por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia citada de 9 de mayo de 2013 (con su aclaración de 3 de junio).

Así, no se ha acreditado por aquella que haya informado perfectamente a sus clientes del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo hiciera previsible, estuvieran informados de que lo estipulado era un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de

referencia a la baja probablemente no repercutirían o lo harían de forma imperceptible en su beneficio.

En este sentido, el Tribunal Supremo admite en su sentencia que la cláusula analizada supera los requisitos de incorporación al contrato. En dicha Sentencia número 241/2013, de 9 de mayo, comienza por examinar si la cláusula en cuestión supera los requisitos de incorporación (documental), para concluir que, aunque se cumplan los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completud, legibilidad, así como facilitación de un ejemplar al adherente -artículos 5 y 7 LCGC), con ello no acaba el análisis, pues, si bien la cláusula puede haber superado el control de inclusión documental (en el sentido de transparencia formal), cuando la misma contribuye a definir el objeto principal del contrato, puede no ser válida porque se considere que no es transparente.

En palabras del Prof. Pertíñez Vélchez “El argumento tiene el mérito de haber derribado un muro dogmático que identificaba, por una parte, la transparencia de las condiciones generales con los requisitos de incorporación y, por otra parte, el control de las cláusulas abusivas con una mera cuestión de desequilibrio objetivo entre los derechos y obligaciones de ambas partes. La sentencia rompe con esta tendencia y considera que la falta de transparencia respecto del objeto principal del contrato – precio y contraprestación- puede ser la causa de un perjuicio para el consumidor, consistente en el valor de la oferta, tal y como legítimamente se la había representado a partir de la información proporcionada por el empresario”.

Ahora bien, el que la cláusula resulte clara a la hora de leerla, no implica que el consumidor haya comprendido, por la información que le facilita el banco, cómo jugará la citada estipulación en la vida del contrato.

No se ha probado en el presente caso que se hubieran simulado escenarios posibles, ni informado del coste comparativo de asegurar la variación del interés o de otros préstamos en los términos expuestos. No se acredita tampoco una información suficiente en la fase de negociación sobre los límites a la variabilidad del mínimo del interés. No hay constancia de que en su momento la entidad prestamista hubiera dado a dicha cláusula la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, teniendo en cuenta que no basta una redacción clara de la cláusula. En definitiva, no se acredita que la entidad ahora demandada incidiera en la información de la cláusula suelo en su negociación con los consumidores, para que éstos tuvieran un conocimiento cabal de lo que estaban contratando y de la carga asumida por la suscripción del préstamo con tales condiciones, estimando que los actores no tuvieron al tiempo de la firma información suficiente para poder comprender el significado económico que para ellos se derivaba de la inclusión de la cláusula en la escritura de préstamo, pudiendo afirmarse que la inclusión de la cláusula suelo aparece como sorpresiva

para los clientes que piensan que han firmado un préstamo hipotecario a interés variable a la vista de la información ofrecida por el empresario.

Es cierto que en la escritura de préstamo se recoge la cláusula controvertida dentro de la cláusula relativa a los intereses resaltándose en negrita el porcentaje, aunque varias páginas más delante de donde se fija el porcentaje de interés variable.

Pero de esta sola circunstancia no puede extraerse la conclusión de que los actores eran plenamente conscientes de la existencia de la cláusula, así como del significado económico y jurídico de su inclusión.

El hecho de que la denominada cláusula suelo se recoja en la escritura destacando en negrita el porcentaje no excluye la afirmación de que la estipulación resulte sorpresiva si la misma no ha sido convenientemente explicada al consumidor por aquel a quien incumbe dicha carga, que es la entidad financiera. Lo mismo hay que concluir, y por los mismos motivos, por el hecho de que la empleada de la demandada les advirtiera de que “como mínimo iban a pagar esa cantidad”, según declaró en juicio.

En definitiva, y a la vista de la información ofrecida sobre la cláusula que, como se ve, fue inexistente (o, al menos, insuficiente), debe concluirse que no se supera el doble control de transparencia en el sentido expuesto.

Ello conduce a la conclusión que se expondrá a continuación.

QUINTO. *Nulidad de la cláusula.*- Debe, en definitiva, estimarse la demanda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, sin que ello conlleve la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo al artículo 10 del mismo texto legal.

Sobre este extremo se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de junio de 2012, entre otras sentencias, respondiendo a una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona con relación a un proceso monitorio y el examen de oficio del carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora. Dicha resolución sostiene que 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 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Es decir, el juez nacional no tiene una facultad, sino una obligación de pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, Asimismo, manifiesta que no puede modificar ni integrar el contenido del contrato tras declararla nula por abusiva.

En consecuencia, la cláusula nula por abusiva no puede ser ni modificada ni reparada, y se elimina del contrato, conservándose el resto (artículo 83.2 TRLGCU, en la redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo).

Por todo ello, el préstamo hipotecario mantiene su vigencia, con eliminación de la cláusula, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo variable contenida.

La falta de transparencia no determina *per se* la abusividad de la cláusula, pero permite someter aquellas cláusulas que contribuyen a definir el objeto principal del contrato al juicio de abusividad, conforme a lo dispuesto en el art. 82 TRLGDCYU.

Como indica la STS de 24 de marzo de 2015, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre el precio y la prestación, que con carácter general no es controlable por el Juez, sino del equilibrio subjetivo entre el precio y la prestación, tal y como se lo pudo representar el consumidor, en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

SEXTO. *Efectos de la nulidad.*- Por último, queda por examinar si, como consecuencia de la nulidad declarada, debe condenarse a la demandada a restituir las cantidades percibidas en exceso por la misma por activación de la cláusula suelo.

La parte actora pide la condena de la entidad demandada a la devolución a los prestatarios del exceso pagado, desde la fecha de 9 de mayo de 2013.

Respecto de la devolución de cantidades, el Tribunal Supremo en Sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2015 ha fijado como doctrina jurisprudencial que sólo procede la devolución a partir del 9 de mayo de 2013 pues, a partir de ese momento, se establecen las pautas con arreglo a las cuales las entidades financieras pueden conocer si sus cláusulas de acotación mínima cumplen o no el estándar de transparencia fijado por el Tribunal Supremo. Se defiende que no ha lugar a la devolución de lo cobrado de más por aplicación de la cláusula con anterioridad a la fecha indicada (9 de mayo de 2013) en virtud de la doctrina que se extrae de la STJUE de 21 de febrero de 2013 (Asunto Vertrieb) en la que se limitan los efectos de la declaración de nulidad atendiendo a la buena fe de los círculos interesados y al riesgo de trastornos graves para el sistema económico.

En cuanto a la “buena fe de los círculos interesados”, debe entenderse, de acuerdo con lo que se desprende de la STS de 25 de marzo de 2015, que cesa a partir del 9 de mayo de 2013 para todas las entidades financieras y no sólo para las que fueron condenadas en la sentencia inicial de 9 de mayo, pues en aquella sentencia se establecieron pautas generales que

permitían determinar cuándo la cláusula suelo podía ser declarada nula por abusiva por falta de transparencia.

Respecto del trastorno de riesgos graves para el sistema económico, el Tribunal Supremo establece que, aunque desde el punto de vista macroeconómico, las cantidades reclamadas en los procesos individuales son nimias, sin embargo, en conjunto, pueden ocasionar el mismo efecto perjudicial que en el caso de la acción colectiva.

Se comparta o no el criterio del Tribunal Supremo sobre la cuestión, es doctrina jurisprudencial fijada por el Pleno (recuérdese sobre el particular el acuerdo del Pleno de 30 de diciembre de 2011), y como tal, debe ser acatada, condenando a la entidad demandada a devolver las cantidades percibidas de más en virtud de la cláusula controvertida desde el 9 de mayo de 2013 y hasta la eliminación definitiva de la cláusula, lo que se determinará en ejecución de sentencia de acuerdo con las bases de la escritura. Todo ello, más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda, dada la petición de la parte actora y de conformidad con lo que disponen los artículos 1.100 y 1.108 Cciv.

SÉPTIMO. Costas procesales.- Respecto de las costas, si bien es cierto que no se acoge totalmente la petición de la actora en cuanto a la condena a la devolución de cantidades, deben ser impuestas a la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, al haberse estimado sustancialmente la demanda interpuesta. Así lo ha señalado la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga en Sentencia de 10 de junio de 2.015 (sentencia número 334/15; Autos de Juicio Ordinario 312/12; Rollo de Apelación Civil nº 630/13; Ponente Ilma. Sra. Suárez-Bárcena Florencio), aclarando que esta solución no sólo se justifica por haberse estimado la acción de declaración de nulidad y la de devolución de cantidades abonadas en aplicación de la cláusula que se declara nula, si bien no en la forma pedida (retroactivamente desde el momento en que empezó a operar la cláusula), sino también por ser la “más acorde a los principios de justicia, equidad y proporcionalidad, puesto que lo contrario supondría un gravamen para el actor que no debe soportar en justicia al haberse visto obligado a interponer una demanda para ejercitar un derecho que en lo sustancial le ha sido estimado” .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que, estimando la demanda interpuesta por don [REDACTED], siendo demandada la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., dicto los siguientes pronunciamientos:

1º- Declaro la nulidad, por falta de transparencia y claridad, de la cláusula limitativa a las

variaciones del tipo de interés incluida en la *escritura de adjudicación con subrogación en hipoteca de fecha 20 de abril de 2010, con nº de protocolo 620.*

2º- Declaro la subsistencia del resto del contrato de préstamo hipotecario.

3º- Condeno a la demandada al reembolso de las cantidades abonadas en exceso desde la fecha de 9 de mayo de 2013. A estas cantidades habrá que sumarle el interés legal correspondiente desde el momento en que se materializó cada uno de los abonos, incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia.

4º- Condeno al pago de las costas a la entidad financiera demandada.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, advirtiéndoles de que la misma no es firme, y se podrá interponer Recurso de Apelación, que habrá de presentarse en el plazo de veinte días ante este Juzgado, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la misma, y que será resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

Para la admisión del recurso deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso seguido del código 02 y tipo concreto del recurso, de conformidad con lo establecido en la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición adicional decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, y por el Magistrado-Juez que la dicta, hallándose celebrando Audiencia Pública con mi asistencia, de lo que doy fe.