

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.N.1 SALAMANCA

SENTENCIA: 00124/2016

PZ. DE COLON S/N, PLANTA 2, 37001 SALAMANCA

Teléfono: 923.28.46.65

Fax: 923.28.46.66

Equipo/usuario: 1

Modelo: 558210

N.I.G.: 37274 42 1 2015 0008233

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000860 /2015

Procedimiento origen: MONITORIO 0000860 /2015

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. LAURA NIETO ESTELLA

Abogado/a Sr/a. AITOR MARTIN FERREIRA

DEMANDADO D/ña. CAJA DUERO (BANCO CEISS)

Procurador/a Sr/a. MARIA ANGELES CARNERO GANDARA

Abogado/a Sr/a. EDUARDO CALVO PEREZ

Laura Nieto Estella
PROCURADORA
01-06-2016
NOTIFICACION

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000860 /2015

SENTENCIA

Demandante: [REDACTED]

Abogado: D. Aitor Martín Ferreira.

Procurador: D^a. Laura Nieto Estella.

Demandado: Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U.

Abogado: D. Eduardo Calvo Pérez.

Procurador: D^a. María Ángeles Carnero Gándara.

Juez: D. Jesús María Villoria Pérez.

Objeto del juicio: Nulidad de cláusula contractual.

Salamanca, a 27 de mayo de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 16 de septiembre de 2015 D. [REDACTED] [REDACTED] interpuso demanda frente a Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U., en reclamación de nulidad de cláusula contractual. Por decreto de 23 de septiembre de 2015 se admitió a trámite la demanda y se emplazó al demandado para que contestara a la demanda. Dicha contestación se produjo por escrito de fecha 29 de octubre de 2015. Por diligencia de ordenación de 3 de noviembre de 2015 se tuvo por contestada la demanda y se convocó a la audiencia previa para el día 24 de febrero de 2016.

SEGUNDO: En la audiencia previa se admitieron como medios de prueba el interrogatorio de parte, documental y testifical. En dicho acto se señaló para la celebración del juicio para el día 17 de mayo de 2016.

Firma válida

Firmado por: VILLORIA PEREZ
JESUS MARIA
CN=AC FMT Usuarios, OU=Ceres,
O=FNMT-RCM, C=ES

Firma válida

Firmado por: CN=LIS DOMINGUEZ
MARIA JOSEFA
CN=AC Administración Pública,
SERIALNUMBER=Q2826004J,

TERCERO: En el acto del juicio se practicaron las pruebas que habían sido admitidas, habiendo comparecido como parte la persona propuesta como testigo. Practicadas las pruebas, se efectuó el trámite de conclusiones, con lo que quedaron las actuaciones vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La parte actora solicita que se declare la nulidad de la cláusula suelo que aparece en la cláusula tercera bis "revisión del tipo de interés" de la escritura de préstamo hipotecario, de fecha 26 de noviembre de 2006 de la que es titular la actora, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3,75% fijados en aquella, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración. Solicita también que se condene a la demandada a reintegrar a la parte actora, de forma retroactiva, las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la aplicación de esta cláusula suelo, desde su inicio y durante la tramitación del procedimiento hasta su conclusión, en aplicación del artículo 1303 del Código Civil, cuantía total que deberá determinarse en ejecución de sentencia sobre las bases de las sumas reales que se hayan abonado durante dicho período, conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta una eventual sentencia estimatoria, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 3,75% conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más un 0,75% de diferencial, hasta la fecha de la resolución que ponga fin a este procedimiento. De forma subsidiaria, en lo que se refiere a la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo, solicita que el reintegro se efectúe a partir de fecha de 9 de mayo de 2013.

Fundamenta su reclamación en que la entidad financiera demandada introdujo una estipulación denominada "cláusula suelo" en la escritura de préstamo hipotecario firmada el 21 de noviembre de 2006 por la demandante y su expareja (habiéndose producido posteriormente la disolución de comunidad y asunción de la deuda por la demandante), consistente en que en ningún caso el tipo nominal anual resultante pudiera ser inferior al 3,75%. Manifiesta que la firma del contrato de préstamo vino precedida de una serie de conversaciones, que giraron en torno al capital prestado, los plazos de devolución y al tipo de interés de las cuotas correspondientes, sin que se permitieran a la demandante pronunciamiento alguno en relación a otros extremos del contrato a firmar, al cual únicamente tuvo acceso el mismo día de su firma. Incide en que jamás le avisaron ni se le advirtió que con independencia de que se hubieran pactado unas condiciones determinadas respecto a las revisiones del tipo de interés, éstas quedarían sin efecto al haberse incluido una cláusula que limitaba las revisiones a la baja del tipo de interés. Alega que tampoco hay información sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, sin que conste la oferta vinculante, ni que fuera el cliente informado de que disponía de los tres días hábiles

anteriores a la firma de la escritura para examinar la misma, ni se le entregara la oferta vinculante al menos diez días hábiles antes de la firma.

La parte demandada se opone a la pretensión de la actora. Alega que la decisión se tomó tras ser debidamente informada la actora de la existencia de un límite a la fluctuación al haber recibido con tiempo suficiente la oferta vinculante en la que se establecía dicha limitación, conocimiento que viene confirmado por la existencia de una novación temporal efectuada en el año 2014; se opone también a la solicitud de declaración de retroactividad desde la fecha de perfección del contrato, de modo que en el peor de los supuestos la retroactividad habría de ser desde la primera cuota a abonar desde el 9 de mayo de 2013. Incide que la demandante y su pareja acudieron en varias ocasiones a las oficinas de la demandada para solicitar un préstamo para financiar la adquisición de un inmueble, y, tras explicarle las características de los diferentes productos, optaron por la contratación de este préstamo, aceptando la oferta vinculante en la que de forma clara se exponían las características de de la operación, expresando el tipo de interés mínimo. Alega que la intervención del notario garantiza la legalidad de la contratación y que los contratantes conocen el contenido del contrato. Añade que buena prueba de que la demandante era conocedora de dicho suelo y que lo ha admitido es que con fecha 18 de febrero de 2014 las partes acordaron expresamente, en documento que sólo se destinó a modificar el suelo, que el mismo fuera desde febrero hasta noviembre de 2014 el 3,25 en vez del 3,75, documento que convalida cualquier nulidad y supondría que durante esos nueve meses sí hubo una negociación individualizada que deberían excluirse, en su caso, del período a tener en cuenta para la devolución interesada. Insiste en la posibilidad de real conocimiento previo de la cláusula impugnada y en su claridad, sencillez y concreción. En cuanto al efecto que haya de tener la nulidad que se interesa por la actora, manifiesta que solamente puede extenderse desde la primera cuota a abonar desde el 9 de mayo de 2013.

SEGUNDO: Hemos de partir de lo establecido en el artículo 8.2 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que considera nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, remitiéndose a la normativa de defensa de consumidores y usuarios. El concepto de condición general de contratación lo proporciona el artículo 1 de la Ley 7/1998, según el cual *"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"*. Por su parte, el artículo 82.1 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (aprobado por Real Decreto Legislativo

1/2007), a estos efectos establece que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Para la resolución del asunto habremos de determinar en primer lugar si la parte actora merece la condición de consumidor para poder ser incluido en el ámbito de aplicación de la anterior normativa (en la cual se basa la demanda, según su fundamento jurídico VI); en segundo lugar, si la cláusula de interés mínimo o "cláusula suelo" merece la consideración de condición general de contratación y finalmente si se puede considerar como abusiva a los efectos de ser declarada nula, y, en consecuencia, expulsada del contrato, de conformidad con las anteriores normas.

A efectos interpretativos hemos de acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y en particular acudiremos a la importante sentencia 241/13 del Pleno (constituye jurisprudencia) de la Sala I del Tribunal Supremo que efectúa un análisis prolijo y detallado en relación a este tipo de cláusulas.

TERCERO: La condición de consumidor de la parte actora. Entendemos que en el presente caso la parte actora sí ostenta la condición de consumidor. Hemos de acudir a lo dispuesto en el artículo 1.2 la Ley 26/1984 (aplicable en el momento de la celebración del contrato, 21 de noviembre de 2006) establecía el siguiente concepto de consumidor: "A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden", añadiendo el apartado 3 del mismo artículo que "no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros". En el mismo sentido se pronuncia el posterior artículo 3 de la Ley de Consumidores y Usuarios (aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007): "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". En el mismo sentido se pronuncia la nueva redacción efectuada por Ley 3/2014, al establecer 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 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".

Podemos observar también la interpretación de este concepto de consumidor en diferentes sentencias del Tribunal Supremo: así la sentencia 406/2012 de 18 de junio (recurso 46/2010) se pronuncia en los siguientes términos: "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, 2y 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 (parágrafo 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 de un 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)".

En este sentido queda claro que la demandada, como entidad bancaria, actúa en el ámbito de su actividad profesional, siendo notorio que una de las actividades propias de dicho ámbito consiste en la concertación de préstamos, muchos de los cuales se garantizan a través del derecho real de hipoteca. Por lo que se refiere a la parte actora, de la escritura se desprende el carácter de "destinatario final" del préstamo, en tanto que se destina a la adquisición de una vivienda, haciéndose constar en la cláusula vigésima del contrato (dedicada a los efectos fiscales) que la vivienda que se hipoteca va a constituir la vivienda habitual y familiar de los hipotecantes.

CUARTO: La consideración de la cláusula suelo como condición general de contratación.

Entendemos que la cláusula suelo ha de tener la consideración de condición general de contratación. La sentencia 241/13 hace referencia (párrafo 137) a los cuatro requisitos que la doctrina ha venido considerando para que

estemos ante una condición general de contratación: "a) *Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.* b) *Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.* c) *Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.* d) *Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse",* siendo irrelevante para tal consideración (párrafo 138) la autoría material, apariencia externa, extensión o cualesquiera otras circunstancias y que el adherente sea un profesional o un consumidor. Esta última consideración sí será relevante -añadimos nosotros- para considerar o no aplicables los artículos 8.2 de la Ley 7/98 y el 82.1 de la LGDCU, expresamente referidos a los consumidores. Añade la sentencia 241/13 (párrafo 144) que el hecho de que se refieran al objeto principal del contrato no es obstáculo para que una cláusula sea calificada como condición general de la contratación, siendo también su conocimiento un requisito previo al consentimiento y necesario para su incorporación al contrato, añadiendo que la naturaleza de condición general de contratación no excluye el cumplimiento por el empresario de los deberes de información.

En el presente caso no nos alberga duda de que la cláusula del tipo de interés mínimo es contractual (no se acierta a ver norma que lo imponga), prerredactada (así se observa ya su inclusión en la oferta vinculante), impuesta y general (la empleada de la entidad manifiesta que dicha cláusula no se podía negociar para la modalidad de contrato que finalmente se contrató). Por otra parte, el hecho de que exista regulación específica en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores no es óbice para aplicar la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (párrafo 178 de la sentencia 241/13).

QUINTO: La abusividad de la cláusula cuestionada. La mencionada sentencia 241/13 contempla que las cláusulas suelen formar parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, de forma que definen el objeto principal del contrato, cumpliendo una función definitoria o descriptiva esencial (párrafos 189-190), si bien ello no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo (párrafo 191); si bien como regla no cabe el control de su equilibrio (de su contenido, como contraprestación),

ello no impide un doble control de transparencia (párrafos 195-197), que se manifiesta en el control de la inclusión en el contrato y en el control de la transparencia cuando se encuentran incorporadas al mismo.

I.- El control de inclusión o la transparencia a efectos de la incorporación al contrato deriva de los artículos 5.5 y 7 LCGC. El primero de estos artículos establece que *"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"*; el segundo dispone que *"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. 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"*.

La sentencia 241/13 concluye que 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 (párrafo 202), de forma que se cumplirán las exigencias legales para su incorporación a los contratos -añadimos nosotros- siempre que se cumplan estos requisitos. Estos requisitos establecidos en dicha normativa, de forma sintética, comienzan 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.

En el presente caso la referida OM no es de aplicación a la presente contrato de préstamo hipotecario por la cuantía del mismo (190.000 euros, muy superior a los 25 millones de las antiguas pesetas a que se refiere la OM). No obstante, y como hace referencia la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, civil, sección 1, nº 37/2015 de 05 de febrero de 2015 (recurso: 684/2014) para los casos de subrogación, ello no impide la obligación de la entidad financiera de informar cumplidamente al adquirente de la vivienda de las condiciones esenciales del préstamo hipotecario.

No podemos, en consecuencia, presumir superado el control de inclusión por el cumplimiento de los requisitos establecidos en la referida Orden, que aquí no es de

aplicación. Tenemos así que acudir a otros criterios para ver si se ha superado el filtro de transparencia, tanto en relación a la oportunidad real del prestatario de conocer la cláusula como en relación a la claridad y comprensibilidad de la misma, valorando estos dos aspectos. Hemos de tener siempre presente, como decíamos anteriormente, la obligación de la entidad bancaria de realizar la correspondiente información al prestatario.

En cuanto a la redacción de la cláusula, no se observa en la misma oscuridad o ambigüedad que impidiera la inclusión en el contrato al amparo del artículo 7.b de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación anteriormente mencionado. En efecto, la cláusula se introduce con la siguiente redacción: "El tipo de interés nominal aplicable se fijará, al inicio de cada sucesivo período anual adicionando un diferencial de **cero coma setenta y cinco puntos porcentuales** al índice de referencia denominado "EURIBOR A DOCE MESES", sin que en ningún caso el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior **al tres coma setenta y cinco por ciento**" (se respetan la letra negrita y mayúsculas).

Cosa diferente es la oportunidad real del prestatario de conocer la cláusula (a los efectos del artículo 7.a), pues no existe dato alguno objetivo del que se pueda inferir que la parte prestataria tenía conocimiento real de la cláusula y de la importancia de la misma. La demanda niega que a la demandante se le informara de la existencia y significado de la cláusula suelo, ni de las probabilidades de su aplicación ni de los efectos sobre el préstamo. Frente a ello entendemos que no se ha desplegado prueba suficiente por la parte demandada para acreditar que se informó cumplidamente de la cláusula y de su importancia. Esta prueba de la información no se puede obtener de los documentos de la oferta vinculante del préstamo hipotecario, habiéndose aportado dos documentos de oferta vinculante, firmados ambos y del mismo día, que no recogen las mismas menciones, en tanto que uno sí recoge este mínimo (con la denominación "% nom. Anual aplicable Mínimo 3,75", con el número escrito a mano) mientras que en el otro dicho apartado se encuentra en blanco, contradicción entre ambos documentos de la que no puede derivarse una información comprensible y adecuada. Este conocimiento tampoco se puede inferir de la escritura de disolución de comunidad y asunción consentida de deuda, en tanto que, por una parte, es una escritura efectuada en fecha muy posterior (doce de diciembre de 2008) y por otra al no hacerse referencia alguna en dicha escritura a esta cláusula de interés mínimo, versando solamente la escritura en la disolución de la comunidad adjudicando los bienes a la demandante y asumiendo ésta la carga hipotecaria de las fincas. **Tampoco entendemos que se pueda inferir este conocimiento del contrato privado de 18 de febrero de 2014, en relación al cual tenemos, no obstante, que efectuar unas menciones más detalladas.**

El contrato privado de 18 de febrero de 2014 acuerda reducir el tipo mínimo a partir del día 21 de febrero de 2014 y hasta el día 21 de noviembre de 2014 del 3,75% al 3,35%. Si bien el propio contenido y consecuencias del contrato sí

permite inferir el conocimiento por la demandante de un tipo de interés mínimo, ello no implica, sin embargo, que ello demuestre que conocía la existencia de este tipo mínimo en el momento de la escritura, momento en el cual habrá de fijarse para verificar la transparencia y consecuente abusividad (y consecuente nulidad) de la cláusula. Entendemos que este contrato puede tener trascendencia a efectos de la cuestión que se discute en dos aspectos. El primero de ellos sería el de determinar la fecha de conocimiento de dicha cláusula para ejercitar las correspondientes acciones, si bien no se ha planteado ningún tipo de prescripción ni de caducidad, y, en cualquier caso, desde dicho contrato (18 de febrero de 2014) hasta la presentación de la demanda (16 de septiembre de 2015), habría transcurrido solamente un año y tres meses. Por otra parte también puede tener trascendencia a efectos de analizar si se ha producido o no una confirmación del contrato (cuestión que sí se alega por la parte demandada). Sin embargo entendemos que no se ha producido esta confirmación. El artículo 1311 del Código Civil establece lo siguiente: *"La confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo"*. En el presente caso el hecho de pretender reducir el interés mínimo para rebajar la cuota hipotecaria (interés obviamente legítimo, mayormente cuando ya está en el debate público la problemática de las denominadas cláusulas suelo -el contrato es posterior a la sentencia de 9 de mayo de 2013 que venimos analizando-) no puede considerarse como una voluntad de renunciar a cualquier reclamación en relación a esta cláusula: en primer lugar no existe ninguna renuncia de acciones; en segundo lugar no se deja sin efecto la cláusula o se pone fin al contrato (pensemos en que se hubiera dejado sin efecto la hipoteca), sino que la misma sigue subsistiendo; en tercer lugar solamente se establece una modificación de la cláusula suelo para un período temporal, muy reducido en el tiempo -9 meses- en relación a la duración total del préstamo (hasta el 21 de noviembre de 2031).

De este modo entendemos que dicho contrato ni afecta nada a la presente acción ni sirve para acreditar un conocimiento específico por parte de la demandante de la existencia de la cláusula suelo en el momento de la contratación.

Por todo ello consideramos que no queda suficientemente acreditado el cumplimiento del requisito de transparencia en la inclusión en cuanto a que la parte demandante tuviera oportunidad real de conocer dicha cláusula.

II.- El control de transparencia de las cláusulas cuando están incorporadas a los contratos con consumidores. Este control de transparencia deriva de la Directiva 93/13/CEE y del artículo 80.1 TRLCU. En cuanto a la primera, como hace referencia la sentencia 241/13 que venimos mencionando, el vigésimo considerando indica que *"[...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe*

contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]", el artículo 5 dispone que "[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible" y el artículo 4.2 establece que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible", de donde se desprende que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato - como es la referida al tipo de interés mínimo- sí están sometidas al control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible (párrafo 207 de la sentencia 241/13). La incorporación de esta normativa en el derecho interno se observa en el artículo 80.1 TRLCU, con el siguiente contenido: "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 (...). 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 (...)". De esta forma, según expone el párrafo 210 de la sentencia 241/13, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Para ello la transparencia documental de la cláusula (suficiente a efectos del control de incorporación) no es suficiente para impedir el examen de su contenido sobre si se trata de una condición abusiva. Será 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 (párrafo 211). De este modo 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 (párrafo 212). Esta sentencia (párrafo 225) aporta parámetros para valorar si se supera el control de transparencia: a) Si hay información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Si se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) si existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) si 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 y e) si se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

A este control de transparencia también hace referencia la sentencia del Tribunal Supremo 705/2015 de 23 de diciembre de 2015, en el sentido de que *"no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio"*, conectada con el juicio de abusividad *"porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados"*, añadiendo que *"por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación"*.

A estos efectos entendemos que hemos de efectuar dos tipos de consideraciones: en primer lugar analizar cómo se introduce la cláusula correspondiente en la escritura, y si de la lectura de la misma se refleja claramente que se trata de una condición esencial del contrato que configura el tipo de interés como un tipo mínimo fijo variable al alza; en segundo lugar analizar qué conocimiento tuvieron de dicha cláusula los contratantes en el momento de contratar, en función de cuál fue la información que les proporcionó la entidad bancaria y si tenían conocimiento real de que se trataba de un tipo de interés mínimo fijo variable al alza.

En este caso, como decíamos anteriormente, la cláusula no se introduce de una forma oscura, ambigua o de difícil comprensión. Pero tampoco se introduce, a nuestro entender, de una manera suficientemente resaltada para considerar que se trata de una condición esencial del contrato. En efecto esta

cláusula se introduce dentro de la cláusula tercera bis de la escritura, referida a la "revisión del tipo de interés", que se extiende durante aproximadamente dos páginas y media. Dentro de dicho apartado ni siquiera se introduce la denominada cláusula suelo de forma individualizada en un subapartado, sino que solamente existen dos subapartados, referidos respectivamente a la revisión del tipo de interés y a la cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, introduciéndose la cláusula suelo dentro del primero de ellos, y de manera seguida a la referencia al diferencial. De esta manera la cláusula suelo no se ubica, en absoluto, de una forma resaltada de forma suficiente que permita conocer que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, mayormente cuando, con tan pocas palabras, transforma un contrato de préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo variable solamente al alza. Además no consta la existencia de simulaciones de escenarios diversos ni comparaciones con otras modalidades de préstamo.

Por otra parte no consta que la demandante tuviera un conocimiento específico de la cláusula y que fuera consciente de la importancia de la misma y captara sus consecuencias jurídicas y económicas. En efecto la entidad bancaria, como decíamos anteriormente, no ha desvirtuado las manifestaciones del demandante referidas a que desconocía la inclusión de la cláusula en la escritura.

Valorando todos estos elementos de manera conjunta, a pesar de la redacción clara de la cláusula, entendemos que no se ha cumplido el control de transparencia de la cláusula una vez introducida en el contrato.

III.- Determinado lo anterior, y solamente para el caso de que incumplan el deber de transparencia en los términos indicados, habrá que analizar si la cláusula debe ser considerada abusiva por causar desequilibrio en perjuicio del consumidor, en tanto que la falta de transparencia no supone que sean desequilibradas (párrafos 229, 249 y 250 de la sentencia 241/13). Dicho de otra manera: al tratarse de una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato, no cabe control de abusividad, sólo de transparencia, de modo que si la cláusula es transparente, será lícita; sin embargo, el hecho de que no se cumpla el control de transparencia no implica necesariamente que haya de ser expulsada del contrato: sólo habrá de ser expulsada del contrato cuando exista en la misma un desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe (al amparo de los artículos 8 LCGC Y 82.1 TRLCU), teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en la celebración del contrato y las demás cláusulas del mismo (párrafo 235), así como la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo (párrafo 237). Este desequilibrio se proyecta sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido,

debiéndose comprobar por parte del juez si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (párrafos 253 y 254). A estos efectos, el Tribunal Supremo establece los parámetros de valoración en los párrafos 256 a 259 que, por su importancia, los transcribimos literalmente:

"256. 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.

257. 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-.

258. 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.

259. 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".

En el presente caso, y fijándonos no en el aspecto abstracto de las acciones colectivas (párrafos 263-264) sino en el aspecto concreto de la acción individual, entendemos que esta cláusula no era beneficiosa para el consumidor, no sólo por no cumplir los parámetros de transparencia (que ya hemos analizado que no cumplía), sino también porque configuraba la operación como una operación con un tipo de interés fijo variable solamente al alza, sin que se haya acreditado que la previsible evolución de los tipos de interés hiciera en algo previsible un beneficio del consumidor en relación a dicha cláusula (que, por su aceptación, se hubiera beneficiado de algo, o, al menos, que hubiera existido la misma previsibilidad de su efectividad como de su no efectividad -previsibilidad de elevación del tipo de interés-).

Ello nos lleva a considerar abusiva, por falta de transparencia y ser perjudicial para el consumidor, la cláusula suelo cuestionada, y, en consecuencia nula, por aplicación de los artículos de la TRLCU y LCGC mencionados.

SEXTO: Consecuencias de la declaración de nulidad. La declaración de nulidad de la cláusula suelo no comporta la nulidad de los contratos en que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia (párrafo 275 de la sentencia 241/13). De este modo la nulidad únicamente debe recaer sobre la cláusula impugnada. De este modo procede, conforme a lo solicitado en el punto 1 del suplico, declarar la nulidad de la cláusula suelo que aparece en la cláusula tercera bis "revisión del tipo de interés" de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 26 de noviembre de 2006 de la que es titular la actora, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3,75% fijados en aquella, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

Esta declaración de nulidad implica que se haya de efectuar por parte de la entidad bancaria demandada el reintegro de las cantidades cobradas por aplicación de dicha cláusula y que, sin ellas, no se hubieran cobrado, es decir, la restitutio in integrum propia de la nulidad, como se recoge tanto en el artículo 1303 del Código Civil como en la jurisprudencia referida a la nulidad (STS 118/2012 de 13 de marzo). No obstante ello será sólo computable desde el 9 de mayo de 2013, conforme lo establecido en la tan mencionada sentencia 241/13 y en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) 139/15 de 25 de marzo, estableciendo esta última la siguiente doctrina jurisprudencial: *"Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013"*.

De este modo procede, aplicando dicha doctrina, acceder a la petición subsidiaria del punto 3 del suplico, y condenar a la entidad demandada a reintegrar a la actora las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la aplicación de esta cláusula suelo, a partir de fecha 9 de mayo de 2013, sobre las bases de las sumas reales que se hayan abonado durante dicho período, conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta la sentencia, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 3,75% conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor + un 0,75% de diferencial, hasta la fecha de la resolución que ponga fin al procedimiento.

Entendemos que ello ha de ser aplicable para todo este período, sin excluir el período a que hace referencia el

contrato privado, en tanto que, expulsada esta cláusula del contrato, no procede su integración por ninguna otra vía.

Al respecto de esta cuestión de la retroactividad precisamos que no se entiende que proceda la suspensión del procedimiento que se solicita por la parte actora por la pendencia de un procedimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la retroactividad de la nulidad de este tipo de cláusulas. En primer lugar no concurren los requisitos del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en tanto que este artículo se refiere a cuando el objeto principal del procedimiento que se suspende se integra (se constituye) con alguna cuestión que se está debatiendo en otro procedimiento, circunstancia que aquí no ocurre, en tanto que es perfectamente posible dictar la correspondiente resolución, atendiendo a la legislación y jurisprudencia vigente en el momento en que se dicta. Por otra parte no concurren aquí las causas que motivan la suspensión que se ha efectuado por el Tribunal Supremo (auto de 12 de abril de 2016) y algunas Audiencias Provinciales, en tanto que en el presente caso esta sentencia sí es susceptible de recurso. No se puede obviar, por otra parte, que la cercanía de la fecha señalada para la vista a que hace referencia el auto del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2016 ha transcurrido sobradamente sin que hasta el momento se hayan puesto de manifiesto perspectivas de que la resolución vaya a ser de carácter inminente o próximo.

SÉPTIMO: Respecto de las costas procesales, entendemos que han de ser impuestas a la parte demandada, al haber existido una estimación de la pretensión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, aun cuando la estimación lo sea de la pretensión subsidiaria ello conllevaría también la consideración de estimación de la demanda (STS 205/1997, Civil sección 1 del 15 de marzo de 1997, recurso: 1264/1993), y, en cualquier caso, nos encontraríamos ante una estimación sustancial que también implicaría la condena en costas (a estos efectos SAP Salamanca 168/2016 de 31 de marzo, recurso 178/2016). Tampoco se aprecia la existencia de dudas jurídicas, en tanto que los criterios en los que se basa la presente sentencia son principalmente los recogidos en la sentencia 241/13 de 9 de mayo de 2013, conocidos desde dicha fecha, anterior a la demanda.

Por todo lo cual

FALLO

Estimo totalmente la demanda interpuesta por D. [REDACTED] frente a Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, y, en su virtud:

1. Se declara la nulidad de la cláusula suelo que aparece en la cláusula tercera bis “revisión del tipo de interés” de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 26 de noviembre de 2006 de la que es titular la actora, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3,75% fijados en aquella.
2. Condeno a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración.

3. Condeno a la entidad demandada a reintegrar a la actora las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la aplicación de esta cláusula suelo, a partir de fecha 9 de mayo de 2013, sobre las bases de las sumas reales que se hayan abonado durante dicho período, conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta la sentencia, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 3,75% conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor + un 0,75% de diferencial, hasta la fecha de la resolución que ponga fin al procedimiento.

Las costas procesales se imponen a la parte demandada.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales, dejando el original en el libro.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial, que deberá interponerse ante este Juzgado en el término de veinte días.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en SALAMANCA.