

## JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 101 BIS CLÁUSULAS- DE MADRID

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 3619/2017**

Materia: Cláusulas GRI - Suelo

NEGOCIADO 9 BIS

**Demandante: D.**

y Dña.

PROCURADOR D.

**Demandado: BANCO MARE NOSTRUM, S.A.,**

PROCURADOR D.

### SENTENCIA Nº 3931/2018

En Madrid, a 7 de septiembre de 2018

En nombre de Su Majestad el Rey

Vistos por mí, DOÑA \_\_\_\_\_, Magistrado-Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia nº 101 bis de Madrid, los presentes autos de juicio declarativo ordinario tramitados en este juzgado bajo el nº 3619/2017, sobre nulidad de condiciones generales de contratación, promovidos por D. \_\_\_\_\_, Procurador de los Tribunales y de D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ y D. \_\_\_\_\_, contra **BANKIA ,S.A.** representada por el procurador de los Tribunales D. \_\_\_\_\_ . .

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la parte actora se presentó demanda de juicio declarativo ordinario frente a la entidad BANCO MARE NOSTRUM, S.A HABIÉNDOSE formalizado la fusión por absorción de BANKIA, S.A. a BANCO MARE NOSTRUM, S.A por la que, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando el dictado de una Sentencia por la que se estimaran sus pretensiones.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada en un plazo de veinte días para que se personase y contestase a la demanda interpuesta de contrario. Dentro del plazo legal se personó y contestó a la demanda oponiéndose a la misma en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que expuso por escrito, y concluyó suplicando al juzgado que, previo los trámites oportunos, se dictara Sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda, con expresa imposición en costas a la actora.

**TERCERO.-** Seguidamente, se citó a las partes al acto de la Audiencia Previa. En el día y hora señalados (6 de septiembre de 2018) comparecieron la actora y la demandada, quienes, después de manifestar la imposibilidad de llegar a un acuerdo, resueltas las cuestiones procesales planteadas y fijados los hechos controvertidos, propusieron la prueba conveniente a su derecho.

Se admitió únicamente como prueba la documental aportada, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los autos quedaron conclusos para Sentencia.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Pretensiones de las partes y acción ejercitada.**

La parte actora ejercita una acción de nulidad de una determinada condición general de contratación inserta en préstamo hipotecario suscrito con la entidad demandada. E interesa la restitución de cantidad que se derive de la apreciación de la nulidad, de conformidad con las cantidades reclamadas en el cuerpo de la demanda y en el Suplico, que cabe integrar con el mismo.

En concreto, expone en su escrito de demanda que mediante Escritura de compraventa con garantía hipotecaria de fecha 16 de enero de 2006, , en cuya cláusula Financiera Primera letra D), constituye lo que se ha venido a denominar una cláusula de interés “suelo, del cual interesa que se declare su abusividad y, en consecuencia, se condene a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas en exceso en aplicación de la citada cláusula, resultando su cuantía de la diferencia existente entre las cuotas abonadas en aplicación de dicha cláusula “suelo” y las que resulten de suprimir la mencionada cláusula, aplicando el tipo de referencia más el diferencial previstos en la escritura.

Por su parte, la entidad demandada se opone a las pretensiones articuladas de contrario alegando en su escrito de contestación a la demanda, en esencia: que si bien es cierto que la escritura suscrita entre las partes tiene una limitación a la variación del tipo de interés, la misma fue comunicada a los demandantes, quienes la asumieron con plena consciencia de lo que firmaban; que aunque no se emplee en la escritura la expresión “cláusula suelo”, la limitación en que consiste la misma está perfectamente identificada y redacta de una manera sencilla y comprensible; que el propio Notario actuante dio lectura a los firmantes del contenido de la escritura; que aunque el contrato fue redactado por la entidad, existió una completa negociación con los actores y una absoluta información a los mismos respecto a las condiciones ofertadas; y que –en definitiva- la cláusula controvertida es válida y conforme a Derecho, al cumplir y superar todos los controles de incorporación y transparencia.

#### **SEGUNDO.- Fijación de los hechos.**

En el presente procedimiento no se discute la condición de consumidor de la parte actora. Asimismo, tampoco se discute la existencia del préstamo hipotecario suscrito entre las partes mencionado anteriormente, ni tampoco la existencia de la cláusula objeto de la impugnación inserta en el mismo.

Como hechos controvertidos, por el contrario, cabe señalar los seis siguientes: si existió negociación individual de la cláusula impugnada; si es de aplicación la OM de 5 de mayo de 1994; si la cláusula ha de tenerse por no incorporada; si supera el control de transparencia; si existió o no una falta de información y; finalmente, las consecuencias de una eventual declaración de nulidad de la cláusula controvertida.

En relación con la primera cuestión cabe comenzar señalando que la trascendencia jurídica de ese hecho es determinar si estamos en presencia de una condición general de contratación, sometida al régimen de protección de consumidores y usuarios patrocinado por la Directiva 13/93 y la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios, con lo que se ha de proceder, por tanto, a tratar esta cuestión.

Se hace un profundo estudio de la cuestión, con una exhaustiva síntesis jurisprudencial y normativa, en la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla de reciente fecha 14 de noviembre de 2017, recaída en el Juicio Ordinario 775/15. Señala en ella el juzgador:

“El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, establece el apartado 1º lo que se entiende por "condiciones generales de contratación" a los efectos de aplicación de la Ley: " 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 ".

Y el apartado 2º del mismo precepto aclara que " E l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión."

A la luz de esta norma, la STS de 9 de mayo de 2013 concluye que son requisitos necesarios para considerar que estamos ante condiciones generales de la contratación los siguientes:

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

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

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, 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.

Asimismo, la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara, primero, que el hecho de que una cláusula se refiera al objeto principal del contrato en el que está insertada, no es obstáculo para que sea calificada como condición general de la contratación, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico, y

al revés de lo que sucede en otros, la condición general se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo, y no por el elemento al que se refieren (recuérdese que el art. 4 apartado 2º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, dispone que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse, por otra); segundo, que el conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes; y, tercero, que el cumplimiento por el profesional de los deberes de información, sean los generales o los exigidos por la normativa sectorial, no excluye la naturaleza de condición general de la contratación.

Para entender cuando una cláusula negocial resulta "impuesta", debe acudir a diferentes textos legales. Así, el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, dispone que "[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

Y 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, de 16 de noviembre, reitera que "[S]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente... "

El elemento determinante para constatar la naturaleza "impuesta" de una cláusula es, pues, la ausencia de una negociación individual que permita al consumidor influir en su supresión, sustitución o modificación.

(...)Debe valorarse, además, que a la luz de las normas contenidas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994, la parte demandada debería conservar la documentación relativa a los tratos precontractuales mantenidos con el cliente, incluida la información facilitada al consumidor sobre el producto bancario que se le ofertaba, máxime si se tiene en cuenta que la negociación precontractual se lleva a cabo generalmente en sus dependencias, y a la vista de los soportes indicados podría acreditar que había existido un verdadero proceso de negociación, pleno, con posibilidades reales por parte del prestatario de influir en la determinación de las cláusulas que ahora se analizan, con intercambio de ofertas y contraofertas entre ambas partes contratantes. Sin embargo, a pesar de dicha

facilidad probatoria, no ha desarrollado acto de adveración alguno sobre tal extremo, motivo por el cual, en atención a la norma contenida en el artículo 217.7 de la LECiv., debe soportar las consecuencias de la falta de acreditación del carácter individualmente negociado de la estipulación cuestionada.

También debe considerarse que las reglas sobre la carga de la prueba recogidas en el artículo 82.2 TRLCU y el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 imponen al demandada la obligación de acreditar que se ha producido una negociación efectiva e individualizada de las cláusulas, actividad probatoria con la que no ha cumplido en el presente litigio. La jurisprudencia ha aplicado de forma constante estas normas. En primer lugar, la jurisprudencia del TJUE, al interpretar la citada Directiva comunitaria, ha recordado recientemente la vigencia y trascendencia de tal regla. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, incluso en el caso de las dictadas por dicho tribunal cuando tenía otra denominación, STJUE) de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora Principado, ha declarado en su apartado 19:

“Pues bien, de la resolución de remisión resulta que las partes en el litigio principal discrepan sobre la cuestión de si la estipulación decimotercera del contrato fue o no objeto de negociación individual. Corresponde por tanto al tribunal remitente pronunciarse sobre esa cuestión, atendiendo a las reglas de reparto de la carga de la prueba establecidas a este respecto en el artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero, de la Directiva, que prevén en particular que, si el profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba”.

De igual forma ha operado la Sala Primera del Tribunal Supremo, que en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, no solo reafirmó que la carga del carácter negociado de una cláusula contractual empleada en los contratos concertados entre profesionales o empresarios y consumidores corresponde a aquellos por establecerlo tanto la Directiva como el TRLCU, sino que en su apartado 164 afirmaba lo siguiente:

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

Como razona la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015: “Por tanto, para que se acepte que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuerto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuertas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuertas por el predisponente, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento, y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas, como ha hecho en este caso la Audiencia Provincial.”

Lo indicado hasta el momento determina que haya de considerarse cumplido por la parte demandante el mandato del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la prueba sobre el carácter impuesto de las estipulaciones que ahora se analizan, máxime cuando no se ha desplegado elemento probatorio alguno que permita albergar dudas sobre el hecho de que las cláusulas controvertidas en la presente litis hayan sido prerredactadas por la entidad demandada, que las mismas estaban destinadas a ser incorporadas a una multitud de contratos, y que no han sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente, sino impuesta por el banco a modo de “oferta irrevocable”. En consecuencia, ha de sostenerse que las mismas son condiciones generales de la contratación, cuya validez es susceptible de ser controlada judicialmente.

Concurren los presupuestos de contractualidad (la cláusula discutida está incorporada a un contrato), predisposición (es un hecho notorio, como se expresa en la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015), generalidad (está redactada para su incorporación a los contratos destinados a concertar el mismo tipo de préstamo con una pluralidad indeterminada de consumidores) e

imposición. En relación con esta última cualidad, debe aclararse que este presupuesto ha quedado perfectamente definido por la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015, ya aludida, que se pronuncia en los siguientes términos: “Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre - razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo”.

Según la resolución antes indicada: “Hay "imposición" de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. Así lo declaramos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, apartado 150.

10.- Que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general. La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en los mismos una situación de desvalimiento o ignorancia. Y el empleo de condiciones generales, como se ha visto, es propio de la contratación en masa de bienes y servicios de uso común, sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas.”.

Y respecto de la generalidad de la cláusula, debe recordarse, como hace la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015, que “No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores (sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, apartado 149). Pueden existir varios modelos de cláusulas que se utilicen en los diversos contratos, por variadas razones.”

No perjudica para que pueda ser considerada una condición general de la contratación el que se trate de una cláusula que define el objeto del contrato. Sobre esta cuestión, la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015, se pronuncia en los siguientes términos:



“Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.

Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, caso "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos". La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación "contra proferentem" (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del "Burgerlijk Wetboek" (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las "prestaciones esenciales", que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que el Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem"), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales).

Con posterioridad, el apartado 32 de la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso *Cajamadrid*, consideró que el art. 4.2 de la citada Directiva no define el ámbito de aplicación material de la Directiva, y que las cláusulas contempladas en dicho precepto (las que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra) están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva.

También la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo, consideró que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato tenían la consideración de condición general cuando reunían los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.”.”

En el caso de autos, concurren estos presupuestos para poder considerar que las cláusulas discutidas han sido impuestas, puesto que se trata de un préstamo hipotecario concedido por entidad bancaria, sin que se haya aportado prueba alguna por la demandada que acredite una negociación individual de la cláusula. Y ello porque se considera que una negociación individual es algo distinto a captar o conseguir la voluntad del cliente de adherirse al clausulado general y, en concreto, significa, como se desprende de la doctrina jurisprudencial citada, la existencia de una negociación ad hoc, pactando el contenido y límites de la cláusula. Ello conllevaría, sin duda -y dado el ámbito en que se produce la contratación- el intercambio de ofertas o contraofertas por escrito (correos electrónicos, cartas, borradores)- y, en último término, la existencia de personas que pudieran dar detalles de tales tratos. No se alegó en la contestación nada al respecto, siendo así que no puede equipararse ello a facilitar información escrita del clausulado del préstamo (oferta vinculante).

Por otra parte -y ello es un hecho notorio en vista de otros procedimientos tramitados contra la misma entidad-, el contenido de la cláusula impugnada se reitera en numerosas escrituras de otorgamiento de préstamo hipotecario, lo que evidencia su carácter contractual, predispuesto y general.

No habiendo, pues, probado la parte demandada la negociación individual de las cláusulas controvertidas, pueden ser estas sometidas al control de abusividad que la parte actora pretende.

### **TERCERO.- Nulidad de la cláusula de limitación de la bajada del tipo de interés.**

#### a.- Primera aproximación al análisis de la cláusula suelo

Como se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, “Los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables.

En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos:

a.- El tipo de índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente, el EURIBOR a un año)

b.- El diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.

En consecuencia, de forma simplificada, la fórmula para determinar el interés a pagar por el prestatario es la siguiente: interés de referencia + diferencial = interés a pagar

Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza –las denominadas cláusulas techo-, y a la baja –las llamadas cláusulas suelo-, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario.

Con relación a estas últimas –únicas que son objeto del litigio-, las fórmulas utilizadas varían, pero producen conducen a idéntico resultado, de tal forma, que en unas ocasiones se fija directamente el tipo de interés mínimo y en otras, se fija el tipo mínimo del interés de referencia.

Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario.

La cláusula suelo forma parte del contenido esencial del contrato pues configura el precio que debe pagar el prestatario y definen así el objeto principal del contrato. Así, la STS de 29 de abril de 2015 señala que las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales de contratación ni quedan excluidas de la normativa sobre cláusulas abusivas. Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello, ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la LCGC y del TRLCU.

Para determinar o no la abusividad de dicha cláusula, y consiguientemente su nulidad, si bien no cabe hacer un control en cuanto al desequilibrio entre las prestaciones que produce entre las partes, la cláusula deberá superar un doble control.

a.- Un control de incorporación, al tenor de lo dispuesto en los artículos 5, 6 y 7 LCGC

b.- Un control de transparencia, a la luz del artículo 80 TRLGDC. Este control ha sido analizado en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de TS nº 464/2914 de 8 de septiembre, y en

la STJUE 30 abril de 2014, C-26/14 que establece que el control de transparencia se traduce en el deber del predisponente de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial.

El control de incorporación actúa en la fase de perfección del contrato, buscando garantizar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente, por lo que incide en la formación del consentimiento; el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si ésta puede o no incorporarse válidamente al contrato (arts. 5 y 7 LCGC: información, transparencia, claridad, concreción y sencillez; regla contra proferentem; nulidad de las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles). Es decir, es necesario que la cláusula gramatical o documentalmente figure en el contrato. Se deben utilizar caracteres gráficos legibles y una redacción comprensible.

Sobre este control de incorporación se superpone un control adicional de transparencia, pero solo en relación con los contratos con condiciones generales concertados con consumidores (arts. 80 y 81 TSLDCU) y que en la STS de 9 de mayo de 2013 se califica como un doble filtro de transparencia.

Como se ha indicado, al control de transparencia en su incorporación al que se refiere el artículo 7 LGCU se añade un doble filtro de transparencia al que se refiere la tanta veces mencionada STS de 9.5.2013 que sólo opera en las relaciones entre profesional y consumidor en los siguientes términos: "Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...].
- b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido".

Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o

pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

En este segundo examen de control de transparencia, tal y como indica la STS 9 de mayo de 2013, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido, y en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

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

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

Sentado lo anterior, el TS concluye:

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.

La transparencia, por tanto, consiste en que el adherente conozca la carga tanto económica como jurídica del contrato celebrado. Así, la STS de 29 de abril de 2015 señala que, supone además 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. Es preciso que además sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de la cláusula le supondrá.

Así, esa falta de transparencia, conduce al control de abusividad. Como señala la STS 25 abril de 2015, “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. 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”.

Esta interpretación es confirmada por la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/2013) y STJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-96/2014). En el mismo sentido, se pronuncia la STS de 23 de diciembre de 2015.

Por su parte, el TS (STS 9 de mayo de 2013) ha sentado aquéllos criterios indicadores de falta de transparencia de una cláusula incorporada como una condición general de contratación.

- (i) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- (ii) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- (iii) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

- (iv) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.
- (v) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- (vi) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad
- (vii) La cláusula recibe un tratamiento impropriamente secundario de modo que el consumidor no percibirá su verdadera relevancia

Finalmente, no huelga señalar que cabría rechazar un hipotético argumento de la parte demandada de inaplicabilidad de dicho Texto Refundido al presente supuesto por haberse firmado las escrituras discutidas con anterioridad a su entrada en vigor. Y ello porque se trata de un Texto que refunde la anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos. Por otra parte, el concepto de cláusulas abusivas y su enumeración deriva de la Directiva 13/93, la cual ya había sido transpuesta al ordenamiento interno por el artículo 10 y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios tras la modificación en ella introducida por la Disposición Adicional 1ª de la Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación.

#### b.- Análisis de la cláusula suelo en el presente supuesto

En el presente procedimiento, la cláusula cuya nulidad se solicita que se declare abusiva está redactada en los siguientes términos:

Divide el préstamo en dos fases, la primera a tipo fijo que comprende un período de 1 año desde la formalización del préstamo, y la segunda fase, a interés variable que comprende el resto del plazo.

En primer lugar, hemos de destacar que la redacción gramatical de esta cláusula es clara y comprensible, no planteando dudas acerca de su significado, luego supera el primer filtro o control de

incorporación al contrato, conforme a la aplicación de lo dispuesto ut supra, en base a los artículos 5 y siguientes de la LCGC.

Presupuesto indispensable resulta verificar si dicha cláusula cumple con el doble control reseñado anteriormente. Por tanto, no es suficiente que la cláusula tenga en sí misma una redacción desde el punto de vista gramatical clara y comprensible, sino que es necesario que el consumidor haya tenido suficiente información sobre su existencia y contenido a fin de que haya podido representarse la carga económica que para él representa el contrato de préstamo. Se trata de determinar si por ese déficit de transparencia se ha defraudado la expectativa que, a partir de la información suministrada por el empresario, se había representado el consumidor sobre el precio a abonar por la contraprestación que ha recibido.

En el caso concreto de la cláusula suelo, la abusividad no deriva, pues, de que en sí misma no sea clara y comprensible (ello afecta a la incorporación) sino si esa cláusula, por falta de transparencia, en su aplicación en el conjunto del contrato, implica una quiebra de las expectativas legítimas del consumidor sobre el tipo de interés que estimaba que estaba contratando: pensaba que contrataba un préstamo con interés variable (ya a la baja ya al alza) cuando solo podía serlo, llegado un momento, al alza, de manera que se distorsiona así el acuerdo económico que motivó el contrato.

Pues bien, en el presente supuesto, hemos de destacar, en primer lugar, que la Estipulación controvertida se ocupa de la regulación del tipo de interés pactado, estableciendo un primer período de interés fijo y un segundo período a interés variable consistente en el tipo de referencia adicionado en concretos puntos porcentuales. Se hace referencia como índice del interés variable al índice de referencia interbancaria a un año así como al índice conjunto de entidades si el préstamo está en modalidad “constante”, además de a un índice sustitutivo para el caso de falta de publicación de los respectivos índices.

Es en la CLÁUSULA PRIMERA “Condiciones financieras” y, concretamente en su apartado D) rubricado como “intereses ordinarios”, donde se introduce un límite a la baja de la variabilidad del interés, que es la subcláusula aquí impugnada.

En este sentido, dicha limitación se incardina en un apartado diferente, no resaltado más que con un ligero subrayado, pero no en mayúsculas, ni en negrita, ni de un modo que permitiera una identificación rápida por la parte prestataria. Por ello, no puede desconocerse que dicha limitación se



inserta después de varias páginas dedicadas al tipo de interés pactado, en el que se refleja que, a excepción del primer período a tipo fijo, el resto del préstamo se pacta a interés variable. Ello implica que dicho límite se encuentra inserto entre una multitud de datos financieros, creando la apariencia principal de que el tipo de interés pactado en la propia escritura es variable, -a excepción del primer período-, cuando en realidad lo que en realidad se está pactando es un tipo de interés fijo.

Así, podemos decir que la cláusula se encuentra inserta en una abrumadora cantidad de datos financieros que hace que la propia ubicación y redacción de la cláusula impugnada, quede enmascarada entre todos estos datos diluyendo así la atención del consumidor, propiciando una falta de información suficiente a la prestataria del tipo de interés que en realidad están pactando. Esto da lugar a la creación de una apariencia por parte de la entidad demandada de que la prestataria está pactando un contrato de préstamo a interés variable, cuando en realidad, lo que está suscribiendo es un préstamo hipotecario a interés fijo a la baja.

Asimismo, no consta que la entidad demandada facilitara ningún tipo de explicación a la prestataria de qué significado tiene la inclusión de dicha cláusula, ni de cuáles son los efectos económicos derivados de la aplicación de la misma que evidencien el comportamiento previsible del tipo de interés pactado.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que, si bien la cláusula impugnada supera el control de incorporación, no supera el control de transparencia por los siguientes motivos:

- a) Inclusión de la misma en una multitud de datos financieros que conllevan a inducir a la prestataria de que el tipo de interés pactado en la escritura es variable.
- b) Tratamiento de dicha cláusula con carácter secundario que impide a la prestataria concebir su verdadera relevancia.
- c) Carencia de información suministrada por la entidad financiera a la prestataria sobre la aplicación y consecuencias económicas de la cláusula.

Por todo lo anterior, puesto que la cláusula no supera el doble control de transparencia, ello conlleva a la abusividad de la misma, por cuanto implica un desequilibrio entre los derechos de las partes (STS 25 de abril de 2015, *ut supra*). Esto supone que la misma deberá ser expulsada del contrato, ex art. 83TRLGCU, subsistiendo la vigencia del mismo, en todo lo no afectado por dicha cláusula.

c.- Consecuencias de la declaración de nulidad.

La declaración de nulidad de una cláusula y su expulsión del contrato responde a una finalidad restitutoria, consistente en el restablecimiento de la situación inmediatamente anterior a dicha cláusula eliminando así cualquier escenario de desequilibrio existente entre las partes. El artículo 1303 CC regula las consecuencias de la institución de la nulidad al establecer que, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Conviene destacar que dicha obligación de restituir es el efecto propio de la declaración de nulidad que, en el caso que nos ocupa, habría de efectuarse incluso de oficio por tratarse de una relación de consumo.

Consecuentemente, la entidad demandada deberá proceder a la devolución de lo pagado de más por la prestataria en aplicación de dicha cláusula desde la fecha del primer pago, con los intereses que corresponda aplicar.

**CUARTO.- Intereses.**

Las cantidades objeto de condena de la presente resolución se incrementarán en el interés legal correspondiente, desde el momento de su pago por la parte prestataria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1303 CC.

La fecha desde la que deben ser computados los mismos es la de pago de los intereses indebidamente exigidos, esto es, desde que se hicieron cada uno de los pagos, no la de la reclamación judicial o extrajudicial, porque el deber de restituir principal e intereses no responde al instituto de la mora en el cumplimiento de las obligaciones, sino al de la reversión de los efectos del contrato, y al de la evitación del enriquecimiento injusto por una de las partes contratantes, siendo los intereses frutos civiles por todo el tiempo del que se disfruta del dinero ajeno indebidamente (STS, Sala Primera, de 12 de noviembre de 1.996, STS, Sala Primera, número 81/2003, de 11 de febrero, STS, Sala Primera, 251/2005, de 22 de febrero, STS, Sala Primera, número 460/2009, de 30 de junio, y STS, Sala Primera, número 605/2010, de 4 de octubre).

En cuanto su forma de determinación, dispone el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que “1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la

condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.”

En el presente caso es evidente que las bases con arreglo a las cuales se ha de efectuar la liquidación es aplicar a las mensualidades en que rigió la cláusula anulada (aquellas en que el índice de referencia era inferior a la limitación impuesta) el índice de referencia vigente para aquella mensualidad, suprimiendo al limitación a la baja del mismo. La diferencia entre lo abonado y la cantidad resultante es lo que habrá de ser objeto de devolución, incrementado con el interés legal del dinero.

En cuanto al momento para efectuar la liquidación, si bien es cierto que el artículo 219 parece derivarlo a ejecución de Sentencia, no parece acorde con su finalidad excluir la posibilidad de que firme que sea la Sentencia, y sin necesidad de obligar a las partes a acudir a un procedimiento de ejecución, se proceda a dicha liquidación en el seno del presente procedimiento declarativo, por la vía incidental de liquidación de intereses.

Por otro lado, el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que toda Sentencia o resolución que condena al pago de una cantidad de dinero liquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto entre las partes o por disposición especial de la ley.

Por ello, la cantidad que debe satisfacer el demandado, al no existir pacto entre las partes o disposición legal especial que otra cosa establezca, la misma devengará los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC, es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta su total y completo pago.

**QUINTO.- Costas.**

En materia de costas, al tratarse de un supuesto de estimación total de las pretensiones de la parte actora, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 394.1 LEC que establece su imposición a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLO

**ESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por D.  
, Procurador de los Tribunales y de **D<sup>a</sup>** **y D.**  
, contra **BANKIA, S.A.** representada por el procurador de los Tribunales Don José Cecilio Castillo González y, en consecuencia:

1.- **Declaro la Nulidad** de la CLÁUSULA PRIMERA “Condiciones financieras” y, concretamente en su apartado D) rubricado como “intereses ordinarios de la Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria de fecha 16 de enero de 2006, suscrita por las partes, por abusiva y por falta de transparencia, subsistiendo la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la declaración judicial de nulidad.

2.- **Condeno a BANKIA, S.A.** a abonar a la parte actora la cantidad indebidamente abonada por ésta en aplicación de la cláusula declarada nula y cuya determinación efectiva deberá producirse en ejecución de Sentencia, una vez adquiera firmeza, con sus correspondientes intereses legales desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción.

3.- **Impongo a BANKIA, S.A.** el pago de las costas procesales derivadas de este procedimiento.

Así lo acuerda manda y firma DOÑA \_\_\_\_\_, Magistrado-  
Juez sustituta del Juzgado de 1ª Instancia 101 bis de Madrid.